

ACTA UNIVERSITATIS SZEGEDIENSIS  
DE ATTILA JÓZSEF NOMINATAE

---

ACTA JURIDICA ET POLITICA

Tomus XXVI.

Fasciculus 6.

ELEMÉR PÓLAY

**Privatrechtliche Denkweise der  
römischen Juristen**

SZEGED

1979

Redigunt

GYÖRGY ANTALFFY, ÖDÖN BOTH, ANTAL FONYÓ, ISTVÁN KOVÁCS,  
JÁNOS MARTONYI, KÁROLY NAGY, ELEMÉR PÓLAY, JENŐ SZILBEREKY

Edit

*Facultas Scientiarum Politicarum et Juridicarum Universitatis Szegediensis  
de Attila József nominatae*

Nota

*Acta Jur. et Pol. Szeged*

Szerkeszti

ANTALFFY GYÖRGY, BOTH ÖDÖN, FONYÓ ANTAL, KOVÁCS ISTVÁN,  
MARTONYI JÁNOS, NAGY KÁROLY, PÓLAY ELEMÉR, SZILBEREKY JENŐ

Kiadja

*A Szegedi József Attila Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kara  
(Szeged, Lenin krt. 54.)*

Kiadványunk rövidítése

*Acta Jur. et Pol. Szeged*

ISSN 0563—0606

## EINLEITUNG

Die Grundfrage unserer Abhandlung ist, ob das Recht des antiken Roms über eine wissenschaftlich-theoretische Grundlage verfügte oder sie nur eine geordnete oder ungeordnete Sammlung von Rechtsfall-Lösungen war. Wir beschränken unsere Forschungen nur auf das Gebiet des römischen Privatrechts, denn die Denkweise der römischen Juristen grundlegend durch die privatrechtliche Anschauung gekennzeichnet wird und so war durch diese das Profil der juristischen Arbeit im antiken Rom entscheidend gegeben worden. Die Aktualität unserer Untersuchungen wird dadurch gesichert, daß nur das Privatrecht das römische Reich überlebt hat und das Gesicht der europäischen Rechtsentwicklung für ungefähr anderthalb tausend Jahre durch dieses bestimmt wurde.

Es sieht auf den ersten Augenblick so aus, daß unsere obige Frage mit dem Titel unserer Abhandlung nicht in Einklang stehe. Warum untersuchen wir nur die privatrechtliche Denkweise der Juristen, wenn wir diese Frage beantworten wollen? Auf den ersten Augenblick scheint die Frage nur so beantwortbar, wenn die Denkweise der Trias der Rechtserzeuger—Rechtsanwender—Rechtsgelehrten untersucht wird, mit Bezugnahme auf das Leben des römischen Privatrechts. Dies würde aber bedeuten, die modernen Kategorien auf ungefähr zwei Jahrtausende zurückzuprojizieren. Es gab in Rom keine solche Trias. Die Rechtserzeuger (Dezembire, Prätores, Kaiser) waren im allgemeinen keine Juristen. Die Rechtsanwender waren bis zum Alter des Dominat laische Richter. Aber hinter dem Rücken sowohl des Rechtserzeugers (des das Edikt erlassenden Magistrats, des Kaisers), als auch des laischen Richters stand der Jurist, der die Rechtsregel formulierte und in der Lösung des Rechtsstreites den Streitparteien und richterlichen Organen Hilfe leistete. Die Rolle des Juristen war also in der Erschaffung des Privatrechts Roms von entscheidender Bedeutung, selbst wenn er vor der Öffentlichkeit weder als ein unmittelbarer Rechtserzeuger noch als ein Rechtsanwender erschienen war.

Heute wird über einen Juristen im alltäglichen Sinne und einem Rechtsgelehrten abgesondert gesprochen. Unter einem Rechtsgelehrten wird heute der Jurist verstanden, der das lebende Recht in seiner eigenen geschichtlichen Dynamik wissenschaftlich-theoretisch untersucht und aufgrund der theoretischen Struktur der Rechtsordnung versucht für die Rechtsfälle, über die das gesetzte oder ungesetzte Recht nicht verfügt oder seine Verfügung dunkel, bezw. nicht eindeutig ist, eine Lösung zu geben. Der Rechtsgelehrte schreibt in seinen Werken seine Meinung über das Rechtssystem im allgemeinen, bezw. in Einzelfragen. Diese Meinungen, Äusserungen mögen für die Rechtsentwicklung formbil-

dend oder dafür gleichgültig sein. Ob nämlich diese Meinung vom Rechtsanwender in Betracht gezogen wird oder nicht, wird ausschließlich durch das Gewicht der vom Rechtsgelehrten angewendeten Argumente entschieden. Damit wollen wir die Rolle des Rechtsgelehrten in der modernen Gesellschaft natürlich keineswegs unterschätzen, vielmehr schätzen wir diese außerordentlich hoch. Die Kodifikationsentwürfe der sozialistischen Länder kommen nämlich zu einer weitreichenden gesellschaftlichen Erörterung, in der dem Rechtsgelehrten sowohl in der Vorbereitung, als auch in der endgültigen Formulierung des Gesetzantrages — ein entscheidendes Wort zukommt.

In Rom war aber der Jurist immer und notwendigerweise der entscheidende Faktor der Rechtsbildung, ob er als ein Rechtserzeuger oder Rechtsanwender erschien oder nicht. Er hatte nämlich unter allen Umständen einen Einfluß auf die Rechtentwicklung ohne Rücksicht darauf, ob er ein Mitglied des Staatsapparates war. Der Jurist war es nämlich, der — sei es als der sich hinter den prätorischen Edikten, den kaiserlichen Verordnungen anonym zurückziehende reelle Rechtserzeuger, sei es als eine forensische Autorität, auf dessen Werke seine Zeitgenossen und Nachfolger sich beriefen — die Rechtserzeugung und Normierung gelenkt hat. Die Begriffe der Juristen (im heutigen Sinne) und des Rechtsgelehrten trennen sich deshalb nicht voneinander in Rom, so wie heute. Der Jurist war in Rom letzten Endes eine in subjektivem Sinne genommene Rechtsquelle.

Dementsprechend war ihr geistiges Produkt, selbst wenn in formellem Sinn genommene Rechtsquelle. Und es wurde eine Rechtsquelle auch formell, als der Lehrbuchverfasser des Prinzipats: Gaius, ja zwei Jahrhunderte vor ihm auch Cicero festgestellt haben, daß die „Ansicht der Rechtsgelehrten eine Rechtsquelle ist“. Die Rechtswissenschaft erzeugt also unmittelbar und auch mittelbar ein lebendes Recht, ob sie von einem Mitglied des consilium des Prätors, als einem rechtserzeugenden Organ herrühre, oder von einem, seine Werke publizierenden Rechtsgelehrten, dessen Ansicht von den Gerichtsinstanzen angewendet wird.

Das Profil der römischen Rechtswissenschaft, so zunächst einmal das Profil der Privatrechtswissenschaft, wird von Verhältnis zwischen dem Juristen und der Rechtswissenschaft notwendigerweise bestimmt. Diese Rechtswissenschaft diente den Bedürfnissen der Praxis unmittelbar, der modernen Rechtswissenschaft gegenüber, die ihre Funktion im allgemeinen durch Überleitungen leistet. Die römische Rechtswissenschaft, zunächst die Wissenschaft des Privatrechts, ist ex asse praktischen Charakters, der modernen Rechtswissenschaft gegenüber, deren Profil in erster Linie theoretisch ist. Und hier gelangen wir wiederholt zu unserer Grundfrage, ob die Wissenschaft des römischen Privatrechts gewissen theoretischen Charakter, einen theoretischen Aufbau hatte, oder sie nur eine Sammlung der Lösungen von Rechtsfällen war.

Die Beantwortung dieser Frage ist nur so möglich, wenn es untersucht wird, ob in den einzelnen Entwicklungsperioden der Privatrechtswissenschaft — d. h. in den Perioden des alten Rechts, der vorklassischen, klassischen und nachklassischen Rechte, sowie in der justinianischen Kodifikation — gewisse Konzeptionen wissenschaftlich-theoretischen Charakters zu bemerken seien oder das Produkt der Juristen rein kasuistischen Charakters sei.

Die Rahmen dieser Abhandlung gestatten uns natürlich nicht, die einzelnen Einrichtungen des römischen Privatrechts von diesem Gesichtspunkt aus

zu untersuchen. Unsere Zielsetzung kann nur soviel sein, die juristischen Tätigkeitsformen, in denen die Arbeit der Juristen sich manifestierte, aufgrund der Quellen unter unsere Untersuchung zu ziehen und zu probieren, die Denkweise unserer Juristen aus diesen Tätigkeitsformen abzuleiten. Unsere Zielsetzung ist so viel und nichts mehr!



## I. DAS JURISTISCHE DENKEN IM ZEITALTER DES ALTEN RECHTS

### I.

1. Die Urbevölkerung des während des 8. Jahrhunderts v. u. Z. ursprünglich aus der Verschmelzung lateinischer und sabiner Gemeinschaften entstandenen und später unter etruskischen Einfluß geratenen Roms lebt an der Grenze der urgemeinschaftlichen und der Sklavenhaltergesellschaften in einer Gentil-, und zwar schon patriarchalen Gentilorganisation. Das Geschlecht bedeutete nach außen ein Schutzbündnis, nach innen eine Organisation, die ein aus Weiden aber auch aus Ackerländern bestehendes Gesamtgut und eine bestimmte Familien- und Erbfolgeordnung hatte. Das Geschlecht bedeutete außerdem auch eine kultische Gemeinschaft. Die im Rahmen des Geschlechts befindlichen Familien aber — infolge der sich entwickelnden materiellen Unterschiede — lockern diese Organisation der urgesellschaftlichen Ordnung auf und bis sich das Privateigentum des Familienoberhauptes ausgestaltet, verweisen auf die Geschlechtsorganisation nurmehr der gemeinsame Name, die gemeinsamen Begräbnisstätten und Feiertage. — Anfangs war die römische Familie eine in Gemeinschaft lebende Bauernfamilie, an der Spitze mit dem pater familias, unter dessen Gewalt die Gattin, die Kinder und gegebenenfalls ein oder zwei Sklaven standen.

2. Im Falle einer solchen gesellschaftlichen Einrichtung kann nur eine größtenteils selbstversorgende Naturalwirtschaft getrieben werden. Dies hat natürlich gewissen Gütertausch nicht ausgeschlossen, dessen Entwicklung aber nicht gleichmäßig war, denn er zeigte einen gewissen Rückfall z. B. im 5. Jahrhundert. Ein größerer Aufschwung begann in dieser Hinsicht im 5. Jahrhundert zwischen Rom und einigen etruskischen, bzw. süditalischen griechischen Städten. Dies wird mit der Einführung des aes signatum, der nach Gewicht und Qualität bezeichneten Kupferblöcke bewiesen (es wurde gemünztes Geld, der As erst nach dem lateinischen Krieg, nach 338 eingeleitet und in Umlauf gebracht). Der sich langsam entwickelnde Warenaustausch beeinflusst den Charakter der Wirtschaft der Gesellschaft natürlich nicht, wo der Sklave nur produzierte, um die persönlichen Bedürfnisse seines Herrn und der Familie zu befriedigen.

3. Roms Bevölkerung in freiem Zustand ist wahrscheinlich schon vom Zeitalter der Könige ab von doppeltem Aufbau: Patrizier und Plebejer. Der Kampf zwischen beiden Klassen, deren Ursprung ziemlich umstritten ist, wird am Anfang der Republik (6. Jahrhundert) schärfer, als die gesellschaftliche Spannung zwischen ihnen — der expansiven Politik von Rom zufolge — mit elementarer Kraft auftritt. Die Patrizier, die über einen grösseren Viehstand, Grundbesitz, ja sogar auch Sklaven verfügten, vermochten die mit den Ero-

berungen verbundenen Lasten leichter zu ertragen als die Plebejer, die im allgemeinen auf die Wucherdarlehen der Patrizier angewiesen waren. Dies ermöglichte für die Patrizier vom 5. Jahrhundert ab die Konzentration der Ländereien, was damit verbunden war, dass die Plebejer landlos wurden. Der Kampf zwischen beiden Klassen dauert durch ungefähr zwei und halb Jahrhunderte mit veränderlicher Heftigkeit. Im Laufe dieses Kampfes hat die plebs für sich mit ihren politischen Streiken (*secessio in Montem Sacrum*) — und einer ihrer Schichten mit Hilfe ihres aus dem Handwerk und Handel erworbenen Vermögens — immer mehr politische Vergünstigungen den Patriziern abgetrotzt, bis endlich diese Form des zwischen den Freien bestehenden Klassenkampfes im 3. Jh. v. u. Z. aufgehört hat. In den den punischen Kriegen vorangehenden Jahren haben die Ausdrücke „Patrizier“ und „Plebejer“ nurmehr einen Unterschied der Abstammung bezeichnet.

4. Bis zum Anfang des 4. Jahrhunderts v. u. Z. war Rom nur eine der *Poleis*, d. h. Stadtstaaten des lateinischen Landes. Dann wurde es ein stadtzentrischer Staat. Nach der Eroberung der etruskischen Stadt Veii (396) machte aber das Leben der polis eine bedeutende Änderung durch. Die Eroberung brachte eine verhältnismässig grosse Anzahl der Kriegsgefangenen als Sklaven in das römische Wirtschaftsleben. Damit überragte Rom auf einmal die nur wenige Sklaven haltenden anderen lateinischen Stadtstaaten. Der Ausbau des Systems der Sklavenarbeit hat mit der Erzeugungsteigerung die Kraft der Stadt bedeutend erhöht. Dann machte sich Rom auf den Weg, auf dem es erst der führende Staat Latiums wird und mit dem führenden stadtzentrischen Staat Nord-Afrikas, Karthago notwendigerweise mehr und mehr in Konflikt gerät. Der Friedensschluß nach der ersten Niederlage dieses Staates (241) verhilft Rom zu Gebieten (Sizilien und Sardinien) und die Versklavung der Kriegsgefangenen, die in großen Massen in römische Hände fielen, verändert die wirtschaftliche Struktur von Rom.

Das Zeitalter des sog. alten Rechts fällt auf diese gesellschaftlich-wirtschaftliche Periode.

## II.

1. Die Jurisprudenz des Zeitalters des alten Rechts beginnt dem Wesen nach mit der Erzeugung des Zwölftafelgesetzes und beruhte darauf. Die Jahre 451 und 450 v. u. Z. sind die Jahre, in denen der Ausgangspunkt dieser Jurisprudenz zu suchen ist. Davon nämlich, welche Grenzsteine die römische Rechtsentwicklung vor dieser Periode hatte, was für Wandlungen es durchmachte, haben wir keine sichere Kenntnis. Nur aus diesem Produkt der römischen Gesetzgebung kann man auf die Vergangenheit rückschließen. Diese Schlüsse führen uns aber in die Welt der Hypothesen. So ist es nicht zweckmäßig, von der „Rechtserzeugung“ der diesem Gesetzbuch vorangehenden Zeiten zu sprechen.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Die sog. *Leges regiae* sind nicht als die ersten unumstrittenen Andenken der römischen Gesetzgebung zu betrachten; zunächst einmal sind diese nämlich meistens mit den Namen der ersten vier *reges* verbunden, deren Gestalten sagenhaft sind; andererseits sind sie sakralen Inhalts und können schon deshalb nicht für Rechtsregeln angesehen werden; schließlich erscheint diese Gesetzesammlung erst am An-



2. Die Denkweise der Juristen aus dem Zeitalter des alten Rechts kann aus den Tätigkeitsformen abgeleitet werden, in denen ihre Tätigkeit realisiert wurde. Dies kann durch von zwei Verfassern stammenden Quellenstellen beleuchtet werden.

Die erste ist ein Teil des Fragments des Werks: „Liber singularis enchiridii“ von Pomponius, dem Rechtsgelehrten in Hadrians Zeitalter (2. Jh. u. Z.): „Et ita eodem tria haec iura nata sunt: lege duodecim tabularum ex his fluere coepit ius civile, ex isdem legis actiones compositae sunt. Omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant ex quibus constituebatur, quis quoque anno praeesset privatis. Et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est“ (D. 1. 2. 2. 6.).

Das Rechtssystem dieser Periode gab sich also aus dem Zwölftafelgesetz als der grundlegenden Quelle des Zivilrechts, den daraus derivierten legis actiones als Prozedurformen und aus der „interpretatio“ des Zwölftafelgesetzes, die die Wissenschaft (scientia) des Kollegiums der pontifices war, die zugleich auch die Anwendung der prozessualen Formen leiteten. Das Kollegium delegierte ein Mitglied jedes Jahr, um die Privatrechtsstreitigkeiten zu kontrollieren. Es dauerte so ungefähr ein Jahrhundert lang nach der Erzeugung des Gesetzes.

Die zweite grundlegende Quellenstelle stammt von Cicero im 1. Jh. v. u. Z.: „Sin autem quaereretur, quisnam iuris consultus vere nominaretur: eum dicerem, qui legum et consuetudinis eius, qua privati in civitate uterentur, et ad respondendum et ad agendum et ad cavendum peritus esset“ (De orat. 1. 212).

Auf die Frage, wer der iuris consultus, der „Rechtsgelehrte“ sei, Ciceros Antwort war: es sei derjenige, der sich mit dem Privatrecht im Rahmen der durch die Zeitworte „respondere“, „agere“ oder „cavere“ bezeichneten Tätigkeit beschäftigt.

Ausser dieser Quellenstelle beschäftigen sich noch einige ciceronische Texte mit der Tätigkeit des iuris consultus:

„Servius hic nobiscum hanc urbanam militiam respondendi... cavendi... secutus est“ (Pro Murena 19).

Hier spricht er nur über die mit den Zeitworten „respondere“ und „cavere“ bezeichneten Tätigkeiten aus den obigen dreien.

„Summos fuisse in civitate nostra viros, qui id interpretari populo et responsitare soliti sint“ (De leg. 1. 14).

Cicero verweist hier aus den obigen dreierlei Tätigkeiten allein auf „respondere“ und außerdem auf die Interpretation, während in einer anderen Stelle desselben Werkes sagt er, wie folgt:

---

fang des Prinzipats vor der Öffentlichkeit als „Ius civile Papirianum“, die Sammlung eines, am Anfang der Republik gelebten pontifex maximus, namentlich Papirius (L. Wenger: Die Quellen des römischen Rechts. Wien, 1953, S. 353–357), die aber auch eine Fälschung gewesen sein mag. F. Schulz (Geschichte der römischen Rechtswissenschaft. Weimar, 1961, S. 105) sieht sie als eine uralte sakrale Normen enthaltende, lange nach dem Königsalter verfertigte Sammlung an, die vor Cicero keineswegs publiziert wurde. Vgl. noch: A. Steinwenter, Pauly-Wissowa Realencyklopedie der kl. Altertumswissenschaften (in den weiteren: PW) 10. 1285. — J. Carcopino: Les prétendues lois royales. Mélanges d'archéologie et d'histoire. 54. (1937) 344 ff.

„Non enim id quaerimus hoc sermone, Pomponi, quemadmodum caveamus in iure aut quid de quaque consultatione respondeamus“ (De leg. 1. 17);

hier erwähnt er wiederholt die mit „respondere“ und „cavere“ bezeichneten Tätigkeiten, während er in einem vierten Text den Ausdruck „nam in iure cavere“ anwendet (De off. 2. 65).

Es kann aus den Obigen festgestellt werden, daß Cicero für die grundlegende Tätigkeit des iuris consultus die Tätigkeiten „cavere“ und „respondere“ hält, weil er das Zeitwort „agere“ nur in der ersten Stelle in dieser Beziehung benützt.

Die Obigen zusammenfassend, mögen wir also in Hinsicht des bei uns untersuchten Zeitalters:

a) über die Interpretation der pontifices, sowie

b) über die Tätigkeit der iuris consulti im Kreis des „respondere, agere, cavere“ sprechen.

Es mag dahingestellt bleiben, was unter den Obigen zu verstehen sei, einerseits subjektiv, wer die pontifices, bzw. wer die iuris consulti waren, andererseits objektiv, was ihre erwähnte Tätigkeit bedeutete.

3. Die Experten des Rechts kamen anfänglich aus den Gruppen der pontifices, der augures, der decemviri sacris faciundis und der fetiales heraus.<sup>3</sup> Die Rolle der pontifices und fetiales war allgemein bekannt bedeutend. Die drei (später neun) pontifices, mit dem pontifex maximus an der Spitze, waren die Wärter des Kalenders. Sie wußten, an welchen Tagen man Recht sprechen darf, ohne die Götter zu beleidigen (dies fasti). Die fetiales sind die Wächter der Kriegserklärung und des Friedensabschlusses und im allgemeinen die der Befolgung der mit Roms zwischenstaatlichen Verbindungen zusammenhängenden Normen und die Vollsträcker der vorgeschriebenen Formalitäten gewesen. Beide Priesterkollegien haben zunächst sakrale Funktionen versehen. Da die Religion Staatsreligion war, hatten sie keine absonderbaren sakralen Funktionen. Die Befolgung der sakralen Normen, bzw. die Weiterentwicklung dieser Normen konnte von der Aufsicht über die Einhaltung der profanen Normen, bzw. von der Weiterentwicklung dieser Normen nicht getrennt werden.

Ihnen gegenüber sind die iuris consulti diejenigen weltlichen Juristen, die — wenn auch sie die Würde des pontifex (maximus) bekleideten, wie Ti. Coruncanius oder Q. Mucius Scaevola (D. 1. 2. 2. 41) — ihre Tätigkeit als Juristen nicht in dieser Qualität entfaltet haben, sondern als solche Notabilitäten, die auch im öffentlichen Leben eine Rolle spielten und auch weltliche Ämter bekleideten. Der erste dieser Juristen war, Pomponius nach, der im 4. Jh. lebende Appius Claudius Caecus (cos. 307 und 296). Bei der Aufzählung der sog. Honoratiorjuristen<sup>4</sup> führt nämlich Pomponius vor diesem Appius Claudius nur den die Leges regiae redigierenden Publius Papirius und das aus demselben Geschlecht entstammende Mitglied des das Zwölftafelgesetz redigierenden Decemviralkollegiums an, ohne eine besondere Bemerkung. Appius Claudius Caecus wird als erster von ihm erwähnt, der als ein Jurist „maximam scientiam

<sup>2</sup> D. Nörr: Pomponius oder „Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen“. Aufstieg und Niedergang der römischen Welt (in den weiteren: ANRW), II. 15. Berlin—New York, 1976.

<sup>3</sup> Schulz a. a. O. S. 7—8. — Über die pontifices separiert, P. Jörs: Römische Rechtswissenschaft zur Zeit Republik I. Berlin, 1885. S. 15 ff.

<sup>4</sup> Schulz a. a. O. S. 26 ff.

abuit" (D. 1. 2. 2. 36). Und im weiteren weist er bei dieser Aufzählung der oratorjuristen darauf hin, daß Cicero einen Juristen mit Namen Lucius rassus so charakterisiert, als „iuris consultorum disertissimum" (D. 1. 2. 2. 40).<sup>5</sup>

4. Die dreiseitige Tätigkeit der iuris consulti, d. h. die Auslegung des respondere, cavere und agere läßt sich in den folgenden geben:

a) „Respondere" war die Haupttätigkeit der iuris consulti: Begutachtung (responsum) der Frage der prozessführenden Parteien, des Magistrats oder des schwurgerichteten in einem streitigen Rechtsfrage.<sup>6</sup> Im Kreise dieser Tätigkeit botete sich zunächst Gelegenheit die Rechtsregeln zu interpretieren, die Rechtssätze weiterzubilden.

b) Der Zweck der Tätigkeit „cavere" war, solche Vertragstexte (cautio), bzw. Klageformeln zu verfertigen, die geeignet sind, die betroffene Partei von einem der Hinterlist der anderen Partei zufolge eintretenden Rechtsnachteil zu bewahren (cavere).<sup>7</sup>

c) „Agere" bedeutet die Hilfeleistung vor dem Gericht, der Behörde für die rechtsuchende Partei. In der Anwesenheit der Partei spricht der rechtskundige Ratgeber, bzw. der vom iuris consultus instruierte Fürsprecher. Der Rechtskundige „actionem instituit" (Cic. Pro Mur. 22), was dem Wesen nach die Auswahl der entsprechenden Klageformel bedeutet, wie darauf Jörs hinweist.<sup>8</sup> Es wird aber in den Quellen auch die prozessuale Tätigkeit der Partei (agere per formulam) bezeichnet. Krügers Meinung nach<sup>9</sup> sei diese Tätigkeit nur sekundär, nebenbei juristisch, es gehörte viel mehr zum Betätigungsfeld der Redner (rhetor, orator). Dies scheint auch dadurch wahrscheinlich gemacht zu werden, daß Cicero aus den fünf oben erwähnten und die juristische Tätigkeit bezüglichen Quellenstellen nur in einer über „agere" spricht, während er die Tätigkeiten respondere und cavere mehrmals erwähnt. In den weiteren sollen wir deshalb diese Tätigkeit der Juristen — als eine mehr rhetorische als juristische Funktion — mit kleinerem Gewicht untersuchen.

5. Es fragt sich, über welche juristischen Tätigkeitsformen im Zeitalter des

<sup>5</sup> Es ist merkwürdig, daß Schulz in dieser Frage mit sich selbst in Widerspruch geriet, weil während früher (a. a. O. S. 11) auch er selber Appius Claudius als ersten iuris consultus nennt, später doch sagt, daß: „... die Juristen, die sich von der zweiten Hälfte des 3. Jahrhunderts v. Chr. an mit Privatrecht beschäftigten..., sie und nur sie heißen iuris consulti" (a. a. O. S. 25).

<sup>6</sup> P. Krüger: Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts.<sup>2</sup> München—Leipzig, 1912. S. 54. — Wenger a. a. O. S. 486. — Schulz a. a. O. S. 19 ff. — G. Dulckeit—F. Schwarz: Römische Rechtsgeschichte.<sup>3</sup> München—Berlin, 1963. S. 135. — W. Kunkel: Römische Rechtsgeschichte.<sup>4</sup> Weimar, 1963. S. 92. — M. Kaser: Römische Rechtsgeschichte.<sup>2</sup> Göttingen, 1967. S. 162.

<sup>7</sup> Krüger a. a. O. S. 65. — K. Személyi: Római jog (=Röm. Recht) I. Nyíregyháza, 1932. S. 64. — Wenger a. a. O. S. 486. — Dulckeit—Schwarz a. a. O. S. 136. — und in erster Linie Jörs a. a. O. S. 19.

<sup>8</sup> Jörs a. a. O. S. 83. — Wenger a. a. O. S. 486. — Dulckeit—Schwarz a. a. O. S. 135. — Kunkel a. a. O. S. 92—93.

<sup>9</sup> Krüger a. a. O. S. 54. — Weder Kaser noch Kunkel sprechen über diese Tätigkeit in ihren Werken. Fr. Wieacker (Der römische Jurist. Von römischen Recht.<sup>2</sup> Stuttgart, 1961. S. 139) sagt, daß das agere nicht nur die Auswahl, sondern auch die Konstruierung der Klageformel gewesen sein möge. Durch die Quellen (Cicero) aber wird eher die obere Ansicht unterstützt. Die Konstruierung der Klageformel paßt nämlich auch logisch in die cavere-Tätigkeit hinein, wie darauf Kaser (a. a. O. S. 162) ausdrücklich hinweist, „Agere bedeutet — sagt Wenger (a. a. O. S. 486) — Hilfstätigkeit des Juristen als Berater der Partei vor dem Gericht".

alten Rechts gesprochen werden kann und welche juristischen Denkformen diesen entsprachen. Es ist uns natürlich darüber klar, daß das jetzt zu behandelnde Zeitalter sich auf die Zeit zwischen der Mitte des 5. Jhs und der Beendigung des I. punischen Krieges (241) erstreckt. Die angeführten Quellenstellen stammen aber teils von dem zu Anfang des 2. Jahrhunderts u. Z. tätigen Pomponius, teils von dem im letzten Jahrhundert der Republik lebenden Cicero, d. h. nicht von Zeitgenossen.

Was die pomponische Quellenstelle anbelangt, ist zweifellos, daß sie vom geschichtlichen Gesichtspunkt aus nicht einwandfrei ist. In vielen Stellen ist sie unfolgerichtig und außerdem oft interpoliert. Die Ausdrücke „interpretatio“, bzw. „interpretarentur, interpretandi“ sind aus den fünf Stellen des ganzen Fragments bei vier mit dem Zwölftafelngesetz verbunden. Dies scheint mit gewisser Folgerichtigkeit darauf hinzuweisen, daß Pomponius im reinen damit war, was unter dieser Tätigkeit zu verstehen sei. Andererseits ist seine auf die pontifikale Interpretation bezügliche Feststellung (D. 1. 2. 2. 6.) sozusagen uninterpoliert bzw. sind nur einige, den Sinn nicht störende Worte von der Literatur als interpoliert qualifiziert worden.<sup>10</sup>

Es ist in Hinsicht von Ciceros Textteilen zweifellos, daß diese mehr als zwei Jahrhunderte später entstanden, als die bezügliche Phase des von uns behandelten Zeitalters. Es ist aber auch wahr, daß sie eine juristische Tätigkeit bezeichnen, die auch für die untersuchte primitive Zeit charakteristisch sind. Wir mögen uns deshalb nicht ohne jeden Grund auf die fünf angeführten ciceronischen Stellen stützen bei der Analyse der juristischen Tätigkeit dieses Zeitabschnitts in Verbindung mit den pontifices.

Aufgrund der Obigen sprechen wir über:

- a) die interpretatio,
- b) die mit den Verben „cavere“;
- c) „agere“, sowie,
- d) „respondere“ bezeichnete Tätigkeit.

Diese mögen als juristische Tätigkeitsarten für das Erkennen der juristischen Denkart dieser Periode einen Schlussfolgerungsgrund geben.

<sup>10</sup> Betreffs der Originalität der pomponianischen Quellenstelle vgl.: Index Interpolationum Bd. I. S. 3 ff. — Übrigens ist dieser Digestentitel derjenige, der durch die Interpolation kaum berührt wurde. Dies ist auch dadurch gezeigt, daß die Interpolationenkritik enthaltende Literatur von den 53 Paragraphen des titulus „De origine iuris et omnium magistratum et successionem prudentium“ nicht mehr als 34 für einigermaßen interpoliert hält, also nur ungefähr 60%. Aber auch hier dehnt sich der Interpolationsverdacht eher nur auf die von Gesichtspunkt der Textauslegung als unbedeutende Worte aus. Bei Nörr (Pomponius, ANRW II. 15. S. 512 ff.) vgl. die allgemeine Charakterisierung des Enchiridium. Und daß die ciceronischen Quellenstellen auch auf unser Zeitalter hinweisen, wird von Jörs (a. a. O. S. 93) unterstützt. Er sagt: „Man darf bei dieser Interpretation in der älteren Zeit nicht an theoretisch erörternde und die Worte des Gesetzes abwägende geschriebene Kommentare denken, wie sie die spätere Republik und namentlich die Kaiserzeit in so glänzender Weise hervorgebracht haben: zunächst waren ihre Mittel die der praktischen Rechtsanwendung, das cavere, agere und respondere“.

1. Die *interpretatio* war ursprünglich in den Händen des Pontifexkollegiums, später wurden aber die *iuris consulti* der frühen Republik — also die weltlichen Juristen des alten Rechts — deren Meister, vermutlicherweise davon ab, daß Cn. Flavius, der Schreiber von Appius Claudius Caecus, um 300 v. u. Z., die Formeln der *legis actiones* publizierte (Pomp. D. 1. 2. 2. 6). Die Kenntnis von diesen war nämlich bis dann das Monopol des Pontifexkollegiums.

2. Die Frage der pontificalen Interpretation gehört aber zu den vielumstrittensten Problemen der Literatur. Es gibt eine Ansicht, wonach das Wort *interpretatio* am spätesten aus der ciceronischen Periode oder aus der Zeit des frühen Prinzipats stamme, in dem dem Zwölftafelgesetz folgenden Zeitalter aber nicht bekannt sei, selbst dann nicht als Sextus Aelius im Beginn des 2. Jhs seine *Tripertita* veröffentlichte.<sup>11</sup> Einer anderen Auffassung nach komme der Ausdruck *interpretatio* aus der dem Zwölftafelgesetz folgenden Zeit, so hat nämlich S. Aelius den mit dem Zwölftafelgesetz verbundenen Teil seiner *Tripertita* genannt — wie dies durch Pomponius' *Enchiridium* wahrscheinlich gemacht wurde.<sup>12</sup> Es kommt bei der Entscheidung der Frage darauf an, ob die aelianische *Tripertita* vor Pomponius bekannt sein konnte. Die früher erwähnte Ansicht scheint dies auszuschließen, die später erwähnte hält aber dies für wahrscheinlich. Unserer Ansicht nach ist es zwar wahr, daß zwischen der Veröffentlichung des Werks von Sextus Aelius und der Zeit der literarischen Tätigkeit von Pomponius ungefähr vier Jahrhunderte vergangen waren, gibt dennoch das weniger interpolierte pomponische *Enchiridium*-Fragment, das in die *Digesten* aufgenommen wurde, einen gewissen Hinweis darauf, daß es für Pomponius nicht gleichgültig gewesen sei, ob gewisse Werke für ihn unmittelbar oder mittelbar erreichbar waren. Er konnte sich deshalb nicht bloss auf die mündliche Überlieferung oder dunkle Hinweise beschränken, als er die Chronologie der republikanischen römischen Rechtswissenschaft skizzierte. Warum schreibt er z. B., daß Appius Claudius Caecus ein Buch unter dem Titel „*De usurpationibus*“ geschrieben hatte, dies aber sich nicht erhielt (*qui liber non extat*) und er keine Schrift hinter sich gelassen hatte (*scriptum nulum exstat*),<sup>13</sup> wie auch Ti. Coruncanius (D. 1. 2. 2. 38.). Weiter weist er auch darauf hin, daß Labeo, der mehr als ein Jahrhundert früher tätig war, „*reliquit quadringenta volumina, ex quibus plurima inter manus versantur*“ (D. 1. 2. 2. 47), d. h. daß Labeo ein ungefähr 400 Bände umfassendes literarisches Gesamtwerk hatte und der grösste Teil dieser Bände selbst „heute noch“ (d. h. in der Zeit von Pomponius) in allgemeinem Gebrauch war. Pomponius erwähnt weiterhin Aquilius Gallus, der in Cercina lebte und dessen mehrere Bücher selbst „heute noch“ zu finden seien daraus, die er in Cercina geschrieben hatte (*libri complures eius extant Cercinae confecti*).<sup>14</sup> Dann erzählt Pom-

<sup>11</sup> M. Fuhrmann: *Interpretatio*. Notizen zur Wortgeschichte, *Symptotica* Fr. Wieacker, Göttingen, 1970. S. 80 ff.

<sup>12</sup> G. G. Archi: *Interpretatio iuris-interpretatio legis — interpretatio legum*. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (in den weiteren: SZ) 87 (1970) S. 10 ff. & S. 47 ff. — Nörr: Pomponius. ANRW II. 15. S. 535.

<sup>13</sup> D. 1. 2. 2. 36.

<sup>14</sup> D. 1. 2. 2. 43.

ponius über denselben Rechtsgelehrten, dass als er als das Mitglied einer Gessellschaft verstarb, „statuam ei populus Romanus pro rostris posuit, et hodieque extat pro rostris Augusti“ (D. 1. 2. 2. 43.), d. h. daß man ihm eine Statue stellte, die „selbst heute“ noch dort stehe, vor der Rednerbühne des Augustus. Dann setzt er fort so: „huius volumint complura extant: reliquit autem prope centum et octaginta libros“ (D. 1. 2. 2. 43.), d. h. daß „auch heute“ noch mehrere Bücher des Aquilius Gallus in Verkehr seien, zusammen aber er 180 Bücher geschrieben habe (in der Zeit des Pomponius war ein Teil von diesen nicht mehr zugänglich). Die Ausdrücke „extat“, „non extat“, „inter manus versantur“ usw. weisen zweifellos in einem von einer Interpolation schon selbst aus seinem Inhalt folgend kaum berührten Text hin, daß dessen Verfasser im allgemeinen registrieren möchte, welche Bücher welcher Schriftsteller für ihn zu erreichen waren und welche nicht. Nach diesen scheint der Satz:

„Sextum Aelium etiam Ennius laudatur et extat illius liber, qui inscribitur tripertita, qui liber veluti cunabula iuris continet:: tripertita autem dicitur, quoniam lege duodecim tabularum praeposita iungitur interpretatio, deinde subtexitur legis actio“ (D. 1. 2. 2. 38.)

darauf hinzuweisen, dem Ausdruck „extat“ zufolge, daß das Werk „selbst heute“, also in der Zeit des Pomponius zugänglich war und es von Pomponius selber gesehen werden konnte und dessen zweiter Teil wirklich die Interpretation enthielt.

2. Was ist aber in gegebenem Fall unter Interpretation zu verstehen? Heute bedeutet dieses Wort Erklärung, Auslegung. In Hinsicht der interpretatio des alten Rechts sind die Meinungen verschieden. *Fuhrmann* nach sei dieses Wort ein Produkt des Anfangs des Prinzipats; und wenn es von Pomponius für die Bezeichnung des zweiten Teiles des Werks von S. Aelius benützt wird, so sei es kein Originalausdruck; dieser Teil des Werks habe seinerzeit einen anderen Namen gehabt.<sup>15</sup> *Archi* und *Nörr* nach war hingegen die Tripertita für Pomponius bekannt;<sup>16</sup> es sei deshalb anzunehmen, daß in der Zeit von S. Aelius (im Beginn des 2. Jahrhunderts v. u. Z.) dieser Ausdruck schon angewendet wurde. Pomponius habe deshalb den zweiten Teil der Tripertita nicht mit einem, erst in einer späteren Zeit zustande gekommenen Wort bezeichnet.

*Fuhrmanns* Meinung nach wurde mit dem im ciceronischen Zeitalter entstanden Wort „interpretatio“, ebenso wie heute, die „Interpretation“ bezeichnet und zwar entweder die Interpretation, Popularisierung der dunklen, quas orakulummäßigen Aussagen oder die schematische Wiedergabe von gewisse Texten in einer allgemeinverständlichen Formulierung.<sup>17</sup> *Nörrs* Meinung nach waren zwei Jahrhunderte nach der Veröffentlichung des Zwölftafelgesetzes dessen primitive Textabfassung, Wortanwendung, Styl nicht leicht genug faßbar; es sollte deshalb allgemeinverständlich gemacht werden. Das S. Aelius'sche Wort interpretatio mag einem solchen Zwecke gedient haben, d. h., er wollte den Originaltext des Zwölftafelgesetzes den von der moderneren lateinischen Sprache, den zeitgemäßen Ausdrucksweisen gestellten Anforderungen

<sup>15</sup> *Fuhrmann* (a. a. O. S. 19) nach: „der Begriff scheint seit ciceronischer Zeit in die Nomenklatur zweier Fachdisziplinen eingedrungen zu sein: der Philologie (Grammatik) und der Jurisprudenz“.

<sup>16</sup> *Archi* a. a. O. S. 10 ff. S. 47 ff. und *Nörr* a. a. O. S. 545.

<sup>17</sup> *Fuhrmann* a. a. O. S. 90.

gen entsprechend gewissermaßen „übersetzen“.<sup>18</sup> *Archi* nach habe die interpretatio vom Zwölftafelgesetz, näher betrachtet von dessen uraltem Text eine gewisse Selbständigkeit erhalten, insoweit es die Regeln dieses, von der Mitte des 5. Jahrhunderts stammenden Gesetzbuches der Änderung der sich differenzierenden Lebensverhältnisse entsprechend angewendet hat.<sup>19</sup>

Probieren wir nach diesen, aufgrund des vom Enchiridium des Pomponius genommenen Fragments, bzw. für die entsprechende Auslegung der von den iuris consulti ausgestalteten interpretatio gewisse Folgerungen zu ziehen. Im Rahmen des D. 1. 2. 2. spricht Pomponius in fünf Stellen in irgendeiner Form (in der Gestalt des Hauptworts oder Zeitworts) über die Interpretation und zwar in vier Fällen in Verbindung mit dem Zwölftafelgesetz (D. 1. 2. 2. 4. -5, -6, -38). Dies scheint unbedingt darauf zu verweisen, daß die interpretatio sich an das Zwölftafelgesetz knüpft. In einer Stelle spricht Pomponius über die interpretatio unabhängig vom Gesetzbuch.

„Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod (sine scripto) in sola prudentium interpretatione consistit“ (D. 1. 2. 2. 12).

Nachdem aber hier Pomponius in den anderen Teilen des Textes auch die anderen Rechtsquellen aufzählt, unter diesen die „principales constitutiones“, richtet sich der Textausdruck „interpretatio“ vermutlicherweise auf die Auslegung der Rechtsregeln durch die Juristen (prudentium). Er benützt also die interpretatio in ihrer späteren Bedeutung.

*Fuhrmanns* Standpunkt — wonach das Wort interpretatio ein Produkt der ciceronischen Zeiten sei — ist deshalb zu verwerfen. *Archis* Standpunkt scheint hingegen — zumindest für den zweiten Abschnitt unseres Zeitalters — zutreffend zu sein, insofern er der interpretatio ein selbständiges, vom alten Gesetzbuch in gewissem Maße unabhängiges Sein zuschreibt. *Nörres* Ansicht scheint ähnlicherweise zutreffend zu sein und zwar in dem Teil, daß das Zwölftafelgesetz nach mehr als zwei Jahrhunderten kaum mehr verständlich war. Sein Text sollte deshalb verständlich gemacht, d. h. quasi „übersetzt“ werden. Wir selber sind aber der Meinung, daß auch die Quellenstellen von Pomponius soviel vermuten lassen (interpretandi scientia,<sup>20</sup> interpretatio desideraret prudentium auctoritatem<sup>21</sup>), daß die „Übersetzung“ des mehr als zwei Jahrhunderte alten Gesetzbuches auf eine verständliche Sprache viel zu eng für die Bezeichnung derjenigen Tätigkeit ist, die die pontifices, bzw. iuris consulti in Verbindung mit dieser Tätigkeit geleistet hatten.

4. Die interpretatio bedeutete — wie erwähnt — anfangs die mit dem Zwölftafelgesetz verbundene Tätigkeit, deren Ergebnisse in S. Aelius' Triperita zusammengefaßt wurden. Die ersten Meister der interpretatio waren — wie Pomponius sagt — die Mitglieder des Pontifexkollegiums (interpretandi scientia ... apud collegium pontificum erat),<sup>22</sup> deren Autorität von Cicero so charakterisiert wurde, daß

„...quod tres pontifices statuissent, id semper populo Romano, semper senatui, semper ipsis diis immortalibus satis sanctum, satis augustum, satis religiosum esse visum est“ (De harusp. resp. 12).

<sup>18</sup> *Nörr* a. a. O. S. 535.

<sup>19</sup> *Archi* a. a. O. S. 15.

<sup>20</sup> D. 1. 2. 2. 6.

<sup>21</sup> D. 1. 2. 2. 5.

<sup>22</sup> D. 1. 2. 2. 6.

Aus diesem Textteil sind zwei Schlußfolgerungen zu ziehen: teils daß alles, was die pontifices sagten, sowohl in weltlichen als auch in Kultusangelegenheiten eine „Heilige Schrift“ war, teils daß die pontifices ihre interpretative Tätigkeit sowohl in weltlichen als auch in Kultusangelegenheiten entfalteten. Nachdem aber — wie Schulz darauf hinweist<sup>23</sup> — die sakralen und profanen Tätigkeiten der pontifices technisch eine Einheit zeigte, folgt vernunftgemäß, daß sie in weltlichen Angelegenheiten ebenso wie in sakralen Fragen vorgingen. Es wirkt z. B. auf Interessierten nicht aus, daß das Benehmen der Vögel ungünstig zu sein scheint (die geweihten Hühnchen essen nicht, der Flug der Vögel ist nicht regelmäßig), falls er selber diesen Umstand nicht wahrgenommen hatte. Wie der ältere Cato sagt: „Quod ego non sensi, nullum mihi vitium fecit“ (Festus 234).<sup>24</sup> Es folgt aus diesem von selbst, daß die pontifikale interpretatio zu Beginn dieser Tätigkeit in bezug auf das Zwölftafelgesetz streng auf den Buchstaben des Gesetzes beharrte. Deshalb können wir nicht mit der Ansicht von Schulz<sup>25</sup> übereinstimmen, daß die interpretatio anfänglich frei war, danach aber eine Periode folgte, in der sie an den Worten des Gesetzes haften blieb, während sie in der hellenistischen Periode, also unserem Zeitalter folgend wiederholt frei geworden ist. Wir sind der Meinung, daß die pontifices bei der Anwendung der interpretatio bezüglich des Zwölftafelgesetzes nur so strikt verfahren haben, wie sie dies bei der interpretatio der sakralen Normen taten. In der interpretativen Tätigkeit mag gewisse Lockerung erst dann eingetreten sein, als die interpretatio — deren strikter Charakter auch in Catos Zeitalter bestand („quod ego non sensi, nullum mihi vitium facit“) — sich von der interpretatio des Rechts getrennt hat.<sup>26</sup> Dies soll dann geschehen haben, als Cn. Flavius die Formeln der legis actiones veröffentlichte — Pomponius nach dem Willen seines Herrn: Appius Claudius trotz (D. 1. 2. 2. 7) — wahrscheinlich aus dem Willen des das Interpretationsmonopol der pontifices zu brechen wünschenden Staatsmannes, Appius Claudius.<sup>27</sup>

5. Da der Sinn des Wortes interpretatio selber umstritten ist und es auch von den Quellen nicht klar wird, was für Tätigkeitsformen es bedeckt, müssen wir aus den quellenmässig wahrscheinlich zu machenden Mitteln der interpretatio ausgehen, wenn wir die hinter ihr verborgenen Formen entdecken wollen.

Unser Ausgangspunkt ist, daß die pontifikale, dann von der Zeit von Appius Claudius durch die iuris consulti ausgeführte interpretatio den Buchstaben des Zwölftafelgesetzes anhaftete, dann daran bis zu einem gewissen Grad

<sup>23</sup> Schulz a. a. O. S. 14—15.

<sup>24</sup> Th. Mommsen: Römisches Staatsrecht I.<sup>3</sup> Leipzig, 1887. S. 86. — Schulz a. a. O. S. 34.

<sup>25</sup> Schulz a. a. O. S. 35.

<sup>26</sup> Schulz spricht „über die Einheit des Sakralrechts, des Privatrechts und des ius publicum“ in Verbindung mit der Tätigkeit der pontifices, obwohl es bekannt ist, daß es kein „Sakralrecht“ gab. Es war nur die Gesamtheit der religiösen Normen. Die Verletzung dieser Normen führte nämlich keine staatliche Sanktion herbei, denn: „deorum iniuriae dis curae“ (Tac. Ann. 1. 73). Und es ist auch unzeitgemäß, in dieser frühen Phase der römischen Rechtsentwicklung über ius publicum zu sprechen (Schulz a. a. O. S. 15), als die Zergliederung: ius privatum — publicum im Rechtssystem noch unbekannt war.

<sup>27</sup> Jörs: a. a. O. 71. — E. Pólay: Publius Mucius et Brutus ... fundaverunt ius civile. Act Jur. et Pol. Univ. Szeged. IX. (1962), S. 17.



ockerte. So sind im Rahmen dieser Tätigkeit die folgenden juristischen Denkformen zu beobachten:

a) Es mag die sog. Formalanalogie gewesen sein, worin die interpretatio erstens auftreten konnte. Man spricht über Analogie, wenn es für ein gegebenes Lebensverhältnis keine Rechtsregel gibt, so entweder wird auf den nicht geregelten Fall eine für einen ähnlichen Fall erzeugte Rechtsregel angewendet oder aus dem ganzen Geist der Rechtsordnung dafür eine Norm gezogen. Dies ist eine moderne Auslegung der Analogie und so können wir kaum daran denken, dass die *analogia legis et iuris* schon im bauerlichen Rom existiert hätte. Es ist gleichwohl über Analogie zu sprechen, wenn es sich um die Anwendung der Regel des Zwölftafelgesetzes, — wonach „*si pater filium ter venum duuit, filius a patre liber esto*“ (Tab. IV. 2. b), — auf den Akt der Emanzipation handelt. „Verkauft der Vater seinen Sohn dreimal, so werde der Sohn frei von der väterlichen Gewalt“ — sagt die Regel. Diese Regel diene — nachdem das *us vendendi* in seiner ursprünglichen Form im 5. Jahrhundert kaum mehr eine ebende Institution sein konnte — eher anderen Zwecken. Ein solcher Zweck mag gewesen sein, dass der Mieter eine gewisse Disziplinargewalt über dem in sein *mancipium* geratenen *filiusfamilias* bekommt. Die Regel — die gegen den hartherzigen Familienoberhaupt gerichtet war, der die Arbeitskraft seines Sohnes beim „Käufer“ (Mieter) nutzbar machen wollte<sup>28</sup> — erwies sich als sehr geeignet für die Abwicklung der Akte der *adoptio* und *emancipatio*, durchführend diese mit den Akten der an den Formalitäten des in iure Verfahrens (Tab. I.) streng festhaltenden *manumissio* und in iure *cessio*, sowie der im Zwölftafelgesetz geregelten *mancipatio* (Tab. VI. 1.). Das Adoptionsverfahren wurde von den pontifices aufgrund der angeführten Strafbestimmung so ausgestaltet, dass der *paterfamilias* den *filiusfamilias* dem zukünftigen *pater adoptivus* dreimal manzipieren sollte, der den *filiusfamilias* nach den zwei ersten *mancipationes* je einmal *manumittierte*. Dieser geriet so unter die Gewalt des *paterfamilias* zurück. Das ganze Adoptionsverfahren eines *homo alieni iuris* wurde also durch drei *mancipationes* + zwei *manumissiones* + eine *remancipatio* + eine in iure *cessio* durchgeführt. Wenn es sich hingegen um ein Emanzipationsverfahren handelte, dann manzipierte der *paterfamilias* seinen Sohn dreimal einem Vertrauensmann, der diesen immer wieder befreite (*manumissio*). So wurde der *filiusfamilias* nach der dritten *manumissio sui iuris*.<sup>29</sup>

Und die Lage konnte auch im Falle der in iure *cessio* und der *manumissio vindicta* ähnlich sein. Das in iure Verfahren wurde durch Tafel I geregelt. Treffen sie einen Ausgleich, so hört das Verfahren auf. „*Rem ubi pacunt, orato*“ (Tab. I. 6.). Dieser Ausgleich konnte auch so geschehen, daß der Ansucher seine Bitte vorbringt, die andere Partei aber nichts sagt (*indensus*). In diesem Fall fällt der Magistrat den Urteil zugunsten des Ansuchers. Diese

<sup>28</sup> „Dieser Satz, daß dreimaliger Verkauf des Sohnes durch den Vater, dessen Hausgewalt über den Sohn erlöschen läßt, war als Strafbestimmung gegen den hartherzigen Vater gedacht, wobei wir uns den Verkauf des Sohnes, damit dieser beim Käufer arbeite, als eine Art Vermietung seiner Arbeitskraft zu denken haben werden“ — sagt Kaser (Rechtsgesch. S. 131).

<sup>29</sup> Kaser gegenüber (Rechtsgesch. S. 131), der die *adoptio* und *emancipatio* für das Ergebnis der pontifikalischen interpretatio hält, sieht Schulz beide Rechtsakte unbegründet für das Produkt der im Zeitalter des alten Rechts wirkenden „Honoratio-renjurisprudenz“ an (a. a. O. S. 31).

rechtliche Form konnte auf die Eigentumsübertragung angewendet werden.<sup>30</sup> Aus der Weiterbildung der in iure cessio entwickelt sich unter der Hand der pontifices die manumissio, die geeignet ist, die emancipatio, adoptio und sogar die Freilassung der Sklaven in der Form eines scheinbaren Prozesses auszuführen (m. vindicta). Der Freilasser erscheint mit seinem Sklaven und dem adsertor libertatis (Vertrauensmann) zusammen vor dem Prätor. Dieser erklärt den Sklaven mit den von den pontifices vorgeschriebenen Worten für frei, den der Sklavenhalter nicht contravindiziert und damit seine Freiheit anerkennt.<sup>31</sup>

Diese wenigen Rechtsregeln, bzw. Rechtsinstitute sind charakteristische Beispiele für die pontifikale Formalanalogie. Die Ausgestaltung der Adoption, Freilassung, eines neuen Eigentumsübertragungsaktes aus einer Strafsanktion, einem Eigentumsübertragungsakte und aus den Formalitäten der ersten Phase des Prozessverfahrens bedeutet, daß die pontifices Meister darin waren, aus den gesetzlich für einen ganz anderen Tatbestand vorgeschriebenen rechtlichen Formen für inhaltlich ganz neue Tatbestände eine juristische Lösung zu erschaffen, ohne dass die Buchstaben des Gesetzes Schaden erlitten hätten. Es ist anzunehmen, daß der im Zwölftafelgesetz geregelte Akt der mancipatio auch im Falle des testamentum per aes et libram durch die pontifikale interpretatio ausgestaltet wurde. Gaius nach existierten nämlich in der Zeit des Zwölftafelgesetzes nur das testamentum in comitiis calatis, sowie das t. in procinctu, dazu kam das „tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur“ (2. 102).

b) Der „nachgebildete Akt“, der contrarius actus (keine ursprüngliche römische Benennung), der zur Aufhebung eines im allgemeinen mit einem haftungsgeschaffenden Akt zustandegebrachten Rechtsverhältnisses diene, mag gleichfalls eines der Ergebnisse der pontifikalen interpretatio gewesen sein. Der actus contrarius entstammte aus dreien Wurzeln. Einerseits aus der primitiven menschlichen Neigung, die für die Symbole eine Vorliebe zeigte,<sup>32</sup> andererseits aus dem Konservativismus, der in jeder primitiven Rechtserzeugung auftritt, wo die Formalitäten eine große Rolle spielen und schließlich aus den Bestrebungen der rechtserzeugenden Organe nach einer gewissen Symmetrie, daß nämlich die persönliche Verbundenheit mit einem solchen Akt aufgehoben werde, mit welchem sie zustandekam.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> Das Fr. Vat. 50. schreibt zwar, daß „et mancipationem et in iure cessionem lex XII. tab. confirmat“, mit Hinsicht aber darauf, daß die Quelle nachklassisch ist, deren Bearbeiter zwischen dem Zwölftafelgesetz und der diesem anhaftenden interpretatio nur wenig mehr unterscheiden konnte, ist die obige Bemerkung nicht viel zu glaubenswürdig. Kaser (Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht. Köln—Graz, 1956. S. 201) scheint unsere Ansicht zu bekräftigen.

<sup>31</sup> Kaser: Das römische Privatrecht I.<sup>2</sup> (In den weiteren: RPR I.<sup>2</sup>) München, 1971. S. 115—116.

<sup>32</sup> Wieacker (Der Besitzverlust an den heimlichen Eindringling. Festschrift. H. Leewald, Basel, 1935. S. 193) nach: „Die Theorie des contrarius actus... hat eine uralte Wurzel... in den gemein menschlichen Neigungen des magischen und symbolischen Denkens“.

<sup>33</sup> „Man schafft — sagt Kaser (RPR I.<sup>2</sup> S. 40) — neue Rechtsakte nicht aus freier Hand, sondern lehnt sie an schon vorhandene Einrichtungen an, die man mit oder ohne Umgestaltung der neuen Zwecken dienstbar macht“. — „Auf dem Gebiete des Rechts — sagt R. Knütel (Contrarius consensus. Köln—Graz, 1968. S. 3) — dürfte das Symmetrieprinzip bereits der frühen Republik angehören, auch wenn es erst später formuliert wurde. Insoweit ist eine alte Wahrheit enthalten in D. 50, 17, 100. (Gai. 1. reg.) Omnia, quae iure contrahuntur, contrario iure pereunt“.

Ein solcher Akt konnte vom Pontifexkollegium schon vor dem Zwölftafelgesetz ausgestaltet werden, in dem mit priesterlicher Beteiligung und sakralem Brotpfer stattfindenden konträren Akt der manus-erschaffenden *confarreatio*, in der *diffareatio*, deren Formalitäten mit denen der *confarreatio* übereinstimmten.<sup>34</sup> Im Zeitalter des Zwölftafelgesetzes konnten diese konträren Akte den drei Verkehrsgeschäften des Gesetzes: dem *nexum* (Tab. VI. 1), der *mancipatio* (ebendort) und der *stipulatio* entsprechend (Gaius 4, 17. a.) ausgestaltet werden, mit Hilfe der strikt an den Formen festhaltenden *interpretatio* der *pontifices*. So war der aufhebende Akt der durch das *nexum* zustandegekommenen Gebundenheit die dem Wesen nach unter ähnlichen Formalitäten ausgeführte *solutio per et libram* (*nexi liberatio*). Bei der *mancipatio*, da diese auch auf die die manus zustandebringende *coemptio* angewendet wurde, wurde die manus durch die *remancipatio* aufgehoben, während im Falle der *stipulatio* die durch diesen Verbalvertrag herbeigeführte Gebundenheit durch die gleichfalls feierliche mündliche Frage und die damit übereinklingende Antwort (*acceptilatio*) als durch einen *contrarius actus* entbunden wurde.<sup>35</sup> Außerdem wurde das Rechtsverhältnis wahrscheinlich auch bei den

<sup>34</sup> Unsere Quellen sind in diesem Teil mangelhaft (CIL X. 6662), es ist aber zweifellos, daß der Akt uralte ist.

<sup>35</sup> Die Existenzberechtigung des *contrarius actus* wird von D. Liebs (*Contrarius actus*. Zur Erstehung des römischen Erlassungsvertrags, *Symptica* Wieacker, Göttingen, 1970, S. 11 ff.) bestritten. Seiner Ansicht nach haben diese anfänglich eine wirkliche Erfüllung vorausgesetzt und die auflösende Wirkung dieses Aktes bestand zusammen mit der materiellen Erfüllung. Außerdem zeigt er darauf hin, daß wir für die *diffareatio* kaum Angaben haben und daß dieser Akt ohnehin nicht im Zwölftafelgesetz geregelt wurde (a. a. O. S. 123). Überdies könne die *mancipatio divortii causa* nicht nur die mit der *coemptio*, sondern auch die mit Ersitzung (*usus*) entstandene manus aufheben; es gebe deshalb auch hier keinen *contrarius actus* (a. a. O. S. 124–125). Die Gebundenheit wurde ursprünglich auch durch die *nexi liberatio* nur neben materieller Befriedigung aufgelöst (Gai. 3, 173–174) und später wurde sie zu einem Schuldverlaßakt. Die Entbindung geschah nicht mit denselben Worten wie die Errichtung des Vertrags (a. a. O. S. 128–129). Schließlich stimmen auch die Worte der *acceptilatio* nicht mit denen der *stipulatio*. Und es war auch nicht sicher, ob die Frage und Antwort ertönten (a. a. O. S. 132 ff.). Es ist demgegenüber zu bemerken, daß die Ausbildung des *contrarius actus* durch die *pontifices* auf die Zeit fällt, als das Zwölftafelgesetz fertig wurde. In dieser Zeit hatte die materielle Befriedigung mit dem haftungsaufhebenden *contrarius actus* kaum zu tun, weil dieser auch ohne materielle Befriedigung eine solche Kraft hat. Die in Verbindung mit dem *usus* Gesagten stellen nicht Abrede, daß es im Falle der mit *coemptio* errichteten manus einen *contrarius actus* als entbindende Tatsache gibt. Die *nexi liberatio* ist ein *contrarius actus* selbst wenn sie einen Schuldverlaß bemäntelt. Die Aufhebung der Verbundenheit entsteht nämlich dem Wesen nach auf dieselbe Weise (5 Zeugen, Waagenhalter, usw.), also ebenso *per aes et libram*, als die Abschließung geschah (Gai. 3, 173–174). Die Verschiedenheit der Worte der *stipulatio* und *acceptilatio* verändert nicht das Wesen des *contrarius actus*. Das Wesen ist nämlich die übereinstimmende Frage und Antwort. Übrigens gehört die Neigung für den *contrarius actus* zum Zeitalter der Republik. Dies wird durch die Feststellung des Pomponius in seinem dem Q. Mucius Scaevola geschriebenen 4. Buch wahrscheinlich gemacht, wonach: „*Prout quidque contractum est, ita solvi debet: ut cum re contraxerimus, re solvi debet ... et cum verbis aliquid contraximus ... verbis*“ (D. 46, 3, 80.). Der *contrarius actus* erfordert also nur eine gewisse Symmetrie, insofern dies möglich ist. Das *verbum* soll also durch *verbis*, die durch den *per aes et libram actus* erschaffene Gebundenheit

fiduziarischen Manzipationen, die für die Errichtung des Pfandvertrages, der Verwahrung, der Leihe, der Miete usw. angewendet worden war, durch die remancipatio aufgehoben.<sup>36</sup>

Wollen wir nach diesen die *contrarius actus* genannte Rechtstatsache charakterisieren, so ist es festzustellen, daß sie dem Wesen nach eine eigenartige Variante der Formalanalogie ist, die aber sich von der von uns in den Obigen skizzierten Formalanalogie grundlegend unterscheidet. Während nämlich bei der letzteren die pontifikale interpretatio die Vorschriften, die Institutionen des Zwölftafelgesetzes dem Wesen nach in ihrer formellen Unveränderlichkeit auf inhaltlich artfremde Lebensverhältnisse angewendet hatte und aus denen so ein Rechtsinstitut ausbildete (z. B. aus der Regel: „*si pater filium ter venum duuit...*“ — die Emanzipation), war im Falle des *contrarius actus* mit der möglichen Einhaltung der Formalitäten der das Rechtsverhältnis errichtenden Rechtstatsache das neue, auf die Auflösung des Rechtsverhältnisses gerichtete Rechtsinstitut ausgebildet. Im Falle der Formalanalogie (im engeren Sinne) wurde die Rechtsregel durch ihre äussere Form zur Bildung eines ganz neuen Rechtsinstitut benützt, das mit dem originellen inhaltlich gar nichts zu tun hatte, stand im Falle des *contrarius actus* das Rechtsverhältnis erzeugende und auflösende Akt — obwohl sie förmlich nicht notwendigerweise im Einklang waren, sondern der *contrarius actus* in der Relation des Ersteren *mutatis mutandis* angewendet wurde — in enger inhaltlicher Verbindung.

c) Im Verhältnis mit der pontifikalen interpretatio kann die sog. extensive Interpretation (der Ausdruck stammt auch nicht von den römischen Juristen) für eine dritte Kategorie qualifiziert werden. Es handelt sich hier dem Wesen nach darum, dass sie sich — obwohl die Regeln des Zwölftafelgesetzes ihrem kasuistischen Charakter zufolge im bestimmten Rechtsverhältnis einen einzigen Tatbestand umfassen — in der Praxis hinsichtlich der Formeln an die Worte des Gesetzes hielten, diese aber mit einer extensiven Auslegung auch auf einen dem wörtlich zu nehmenden Gegenstand der Regelung ähnlichen Rechtsgegenstand anwendeten. Dieser Prozess wird im Lehrbuch von Gaius als ein rechtsgeschichtliches Kuriosum sehr anschaulich illustriert:

„*Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur, vel ideo, quod legibus proditae erant ... vel ideo, quia ipsarum legum verbis accomodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur. Unde eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est rem perdidisse, cum debuisset*

---

durch *per aes et libram* Akt liquidiert werden, mit den aus der Natur des *contrarius actus* folgenden Unterschieden (*spondesne-spondeo; habesne-habeo*, etc.). Der Akt der *solutio per aes et libram* und der *acceptilatio* wird übrigens von Schulz ausdrücklich als das Ergebnis der pontifikalen Interpretation angesehen (a. a. O. S. 23).

<sup>36</sup> Die fiduziarischen Manzipationen (*mancipationes fiduciae causa*) sind auch der Ansicht von Schulz nach die Ergebnisse der pontifikalen Interpretation, so stammt offenbar auch ihr auflösender Akt, die *remancipatio*, als *contrarius actus* von diesen (a. a. O. S. 23). Die Lebensberechtigung der *remancipatio*, *nexi liberatio*, *acceptilatio* als *contrarii acti* sind auch von Kaser (RPR I.<sup>2</sup> S. 40., 230, 640.), sowie von Wieacker anerkannt. Wieacker weist darauf hin, daß „erst die Byzantiner selbst die Theorie des *contrarius actus* von den altzivilen Geschäften... (*nexum* — *solutio per aes et libram*; *confarreatio* — *diffarreatio*; *stipulatio* — *acceptilatio*) auf die formfreien Geschäfte übertragen hatten“ (Festschft. Leewald. S. 193).

arbores nominare, eo quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur" (4.11.).

Die Quellenstelle führt aus, daß aufgrund des Zwölftafelgesetzes die Formel der actio de arboribus succisis so streng vorgeschrieben war, dass wenn jemand abgeschnittene Weinreben klagbar machte und in der Prozeßformel zufällig nicht das Wort „Baum“ (arbor), sondern das Wort „Weinrebe“ angewendet hatte, den Prozess verlor. Es ist jedenfalls natürlich, — und das soll schon auf die pontifikale extensive Interpretation hinweisen — daß diese Formel auch dazu geeignet war, die abgeschnittenen Weinreben einzuklagen, nur daß die prozessführenden Parteien die im Zwölftafelgesetz vorgeschriebenen Worte einzuhalten hatten. Es scheint gleichfalls offensichtlich zu sein, daß die Regel, wonach die Abfütterung der vom Baum des Nachbarn hinüberfallenden Eichel durch die Tiere des anderen Grundstückeigentümers weder eine actio de pastu pecoris, noch eine actio de pauperie nach sich zieht (Tab. VIII. 7), der pontifikalen interpretatio nach sich nicht nur auf die Eichel bezog, sondern auch auf andere hinüberfallende Früchte (Tab. VIII. 7), wie es in der an die „interdictum de glande legenda“ genannte Rechtshilfe geknüpften Erklärung des Ediktkommentars von Ulpian erwähnt wurde (glandis nomine omnes fructus continentur).<sup>37</sup> Ähnlicherweise hat der Satz des Zwölftafelgesetzes, wonach „usus auctoritas fundi biennium est, ceterarum rerum annuus est usus“ (Tab. VI. 3), eine extensive Interpretation erhalten. Diese Regel, die Cicero dem Zwölftafelgesetz zuschreibt (Top. 4.23), bezog sich vermutlich nicht nur auf das Grundstück, sondern auch auf das darauf errichtete Gebäude, wie darauf Gaius hingewiesen hat (2.42). Ebenfalls verstand die interpretatio nicht nur „arbor“ unter der Vorschrift des Zwölftafelgesetzes, wonach „qui iniuria cecidisset alienas arbores, lucret in singulas aeris XXV“ (Tab. VIII. 11.), sondern auch die Weinreben oder andere Früchte bringenden Sträucher. Eine extensive Interpretation ist zwischen der Norm über usus auctoritas im Zwölftafelgesetz und demjenigen Satz des Gesetzes zu bemerken, wonach „si qua nollet eo modo usu in manum mariti convenire“ (Tab. VI. 4.), was darauf verweist, daß der usus der manus mobilienweise in einem Jahr stattfand.

Die extensive Interpretation kann also weder mit der Formalanalogie (weil es sich hier inhaltlich nur um eine ausdehnende Interpretation handelt), noch mit dem contrarius actus identifiziert werden.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> D. 43. 28. 1. 1.

<sup>38</sup> Schulz (a. a. O. S. 35) denkt in Verbindung mit der pontifikalen interpretatio an die extensive Interpretierung auch solcher Rechtsregeln, die auf die dem Zwölftafelgesetz vorangehenden gewohnheitsrechtlichen Regeln verweisen. So ist der Ausdruck, wonach „si intestato moritur, cuius suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto“ (Tab. V. 4.) in Maskulinum konzipiert, obwohl laut des Zwölftafelgesetzes auch eine Frau Erbin sein konnte. Dies sei der Ansicht von Schulz nach das Ergebnis der dem Gesetzbuch vorangehenden interpretatio. Wir denken aber, daß uns mit der dem Zwölftafelgesetz vorangehenden Rechtsgeschichte zu beschäftigen etwas Hypothetisches ist, wenn wir keine so überzeugende Angaben haben, wie hinsichtlich der confarreatio und diffarreatio. Aber die in Maskulinum geschriebene Abfassung schließt den Hinweis auf die Frauen auch in den weiteren nicht aus. So konzipiert z. B. Gaius in der über die actio de arboribus succisis sprechenden Textstelle (4. 11) ebenfalls in Maskulinum: „qui de vitibus succisis ita egisset“. Dies bedeutet aber überhaupt nicht, daß für die Frau diese Klage nicht

6. In den Obigen haben wir nur über die drei Mittel der interpretatio, drei Denkformen gesprochen, darüber aber nicht, die Ergebnisse was für einer Tätigkeit diese waren. Darauf vermögen nur die angeführten fünf ciceronischen Quellenstellen eine Antwort geben, wonach cavere, agere und respondere die Tätigkeitsformen waren, in deren Rahmen diese Denkformen sich entwickeln konnten.

Was für eine Rolle diese drei Tätigkeiten bei den pontifices gespielt hatten, wissen wir aus Mangel an Quellenangaben nicht. Ciceros Erklärungen beziehen sich nur auf die iuris consulti, sie sind also nur für vom Zeitalter des Appius Claudius ab relevant.

Die Wissenschaft der pontifices war eine Geheimwissenschaft, worüber Cicero sagte:

„Posset agi lege necne, pauci quondam sciebant,  
fastos enim vulgo non habebant“ (Pro Mur. 25),

konnte nicht jederman klagen, weil nur wenige die Möglichkeiten und die zu Prozessführung geeigneten Tage kannten.

Diese Geheimwissenschaft mag sich so ausgestaltet haben, daß die pontifices erst nur für die einzelnen Fälle mündliche Formeln geschaffen hatten, die sie dann dem ihnen Zunächststehenden, gewiß einem Mitglied der Herrscherklasse auf seine Bitte mitteilten. Für die bei mehrerer Gelegenheiten vorkommenden Fälle mußten sie schon schriftliche Formulare ausarbeiten. Diese Formulare, als rituale Vorschriften wurden in besonderen Archiven gehütet,<sup>39</sup> und sie waren nur für die Bevorrechteten zugänglich. Um eine solche öffentliche Tätigkeit, die bezüglich der iuris consulti Cicero erwähnt (respondere, cavere, agere), konnte es kaum handeln. Es gibt zwar Beispiele darauf, daß in einem gegebenen Fall, im Namen des Pontifexkollegiums oder in dessen Anwesenheit der pontifex maximus oder ein Mitglied des Kollegiums responsum erteilte.<sup>40</sup> Diese Tätigkeit fällt aber auf eine spätere Zeit. In einer der bezüglichlichen Quellenstellen sind nämlich zwei pontifices maximi erwähnt (Cic. De domo 136), die später als in diesem Zeitalter lebten.<sup>41</sup> Die andere Tätigkeit der pontifices umfaßte die Informierung der Iurisdictionsmagistrate und der Schwurgerichte über das richtige Verfahren ebenso, wie die Informierung der consules über gewisse Sakralakte (verba praeire).<sup>42</sup> Diese Tätigkeit ist auch nicht identisch mit der Tätigkeit der iuris consulti, denn es ist nicht öffentlich und ist vielmal sakral.

Wenn wir also die juristische Denkweise dieses Zeitalters aus den Formen der juristischen Tätigkeiten ableiten wollen, sind die von Cicero erwähnten Tätigkeitsformen als Funktionen der iuris consulti zu untersuchen.

---

möglich gewesen wäre. Die römischen Gesetze sind im allgemeinen im Maskulinum konzipiert.

<sup>39</sup> Über das pontifikale Archiv spricht Jörs (a. a. O. S. 42), Cicero weist auch darauf hin: „Habetis in commentariis vestris“ (De domo 136). Vgl. noch mit Festus (286) und Plinius (H. N. 18. 14): „ita est in commentariis pontificum“.

<sup>40</sup> Cic. De domo 136. — De har. resp. 21 und 13.

<sup>41</sup> Cicero erwähnt zwei pontifices maximi, namentlich M. Aemilius und P. Scaevola. In der von Schulz für diese Periode zusammengestellten Pontifex-Liste kommt aber nur ein Aemilius vor (p. Aemilius Paulus), der in 217 pontifex maximus war (a. a. O. S. 17).

<sup>42</sup> Liv. 9. 46. 6. — Plin. H. N. 28. 11. — Schulz a. a. O. S. 18. — Kaser: Rechtsgesch. S. 161.

1. Die cavere-Tätigkeit bestand darin, daß der Jurist einen Vertragstext ausgearbeitet hat — dies ist die allgemeine Ansicht — der die ihn um Hilfe bittende Partei vor der Hinterlist der anderen Partei beschützt.<sup>43</sup>

Bei den pontifices mag diese Tätigkeit auf einen oder anderen konkreten Fall bezogen haben und wenn die auf den gegebenen Fall konstruierte Formel sich bewährte, gelangte sie in das pontifikale Archiv als ein Urkundenformular.<sup>44</sup> Aber die Tätigkeit der pontifices konnte sich nicht in diesem erschöpfen. Allen wohl verfertigten Urkundenformularen (cautio) trotz konnte unter den vertragsschließenden Parteien ein Rechtsstreit entstehen und in diesem Fall sollte man schon einen weiteren Schritt tun und auch die Formel des Verfahrens ausbilden. All dies setzte natürlich die wörtliche Anhänglichkeit an den Text des Gesetzes voraus. Der Ausgangspunkt war das Gesetz. Die pontifices sollten also außerhalb der Vertragsformulare auch die Klageformeln erschaffen. Pomponius scheint in den Folgenden diesen Vorgang zu registrieren:

„Deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent: quas actiones ne populus prout vellet institueret, certas solemnesque esse voluerunt: et appellatur haec pars iuris legis actiones, id est legitimae actiones. Et ita eodem paene tempore tria haec iura nata sunt: lege duodecim tabularum ex his fluere coepit ius civile, ex isdem legis actiones compositae sunt. Omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant“ (D. 1.2.2.6).

Pomponius nach wurden also aufgrund der Gesetze Klagen gebildet (actiones compositae sunt), mit deren Hilfe Prozesse eingeleitet werden können. Und damit die Prozeßführung nicht von der Willkür der Parteien abhängt, wurden für bestimmte Fälle entsprechende Formulare geschaffen, die legis actiones genannt waren. So entwickelten sich die drei Teile des Rechts: das Zwölftafelgesetz, die legis actiones und die interpretatio. Die Wissenschaft der interpretatio war zusammen mit den legis actiones das Eigen des Pontifexkollegiums.

Der Text — wie erwähnt — ist wenig interpoliert. So weisen die Worte von Pomponius auf die Folgenden hin: 1. Das Zwölftafelgesetz wurde erzeugt. Dies enthielt in den ersten drei Tafeln einen Ausgangspunkt für legis actiones, bezeichnend die Grundlagen der legis actio (in ius vocatio — Tab. I. — summa sacramenti — Tab. II. — manus iniectio — Tab. III., usw. und Gaius nach gewiß auch die anderen legis actiones — 4.12). Die Promulgation dieses Gesetzes half aber nichts der Schärfe des Klassenkampfes der Patrizier und Plebejer. Sie kannten nämlich die für die prozeßführenden Parteien wichtigsten Prozeßtätigkeiten, die mündlichen Erklärungen und andere Prozeßtätigkeiten nicht; 2. die Prozeßäußerungen und die Riten der Tätigkeiten mußten auf dem Gesetz bestehend ausgestaltet werden und dies wurde von

<sup>43</sup> Vgl. Note 7.

<sup>44</sup> Vgl. Note 39

den pontifices errichtet.<sup>45</sup> Diese Riten konnten nur mit der Hilfe der pontifices kennengelernt werden. Diese Formel-mitteilende Tätigkeit der pontifices war sehr wichtig, denn ohne deren Einhaltung war es unmöglich (wie Gaius 4.11. und 16. darauf hinweist) ein obsiegendes Urteil zu erlangen. Das Verfehlen eines Wortes bedeutete Sachfälligkeit. Es ist wahr, daß dem angeführten Text gemäß die legis actiones und die interpretatio als besondere Ergebnisse der Tätigkeit der pontifices auftreten, was zur Fehlfolgerung führen kann, dass das Zwölftafelngesetz als erstes entstand und erst dann die legis actiones und die interpretatio als zwei verschiedene Erscheinungen folgten. Das lässt sich aber kaum vorstellen. Die gesetzlichen Grundlagen der legis actiones und der Rechtsgeschäfte wurden schon durch die Zwölf Tafeln festgesetzt. Aufgrund des Gesetzbuches haben dann die pontifices angefangen, mit Hilfe des contrarius actus, der extensiven Interpretation und der Formalanalogie als Mittel Geschäftsformulare auszubilden und aufgrund der für die Prozessformen gegebenen Gesetzeinstruktionen oft gleichfalls mit der extensiven interpretatio (z.B. im Falle der actio de arboribus succisis oder des interdictum de glande legenda) das Ritual der legis actiones, also die Klageformeln auszuarbeiten. Die Vertragsformularen schaffende Tätigkeit der pontifices wurde natürlich auch dann fortgesetzt, als die Formularen der legis actiones sich schon ausgestaltet hatten (omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant). Deshalb erwähnt Pomponius die legis actiones und die interpretatio getrennt. Die ersten sind früh festgesetzt worden, während die Ausbildung der Geschäftsformularen einen längeren Vorgang bedeutete.

2. Dieselbe Duplizität kann auch bei der cavere Tätigkeit der iuris consulti erfahren werden.

Cicero benützt das Wort „cavere“ auf vier Stellen der von uns erwähnten fünf Textteile und in zwei von diesen Stellen in der Form „cavendum“ (De orat. 1.212.) und „cavendi“ (Pro Mur. 19.), während in zwei Stellen als „caveamus in iure“ (De leg. 1. 17.) und „in iure cavere“ (De off. 2.65.). Es gibt zwischen den zwei Ausdrücken einen Unterschied, denn das Wort „cavere“ in sich und im Ausdruck „in iure cavere“ bedeutet etwas verschiedenes. Unter das Vorige sind offenbar Vertragsformulare zu verstehen, während das Letztere die Ausbildung der im in iure Verfahren gebräuchlichen Klageformeln bedeutet. Die vorige Tätigkeit berührte nur die Vertragsparteien, die Gerichtsorgane nur im Falle eines Prozesses, während die Letztere zwar für die Parteien galt, in Wirklichkeit aber die Klageformulare des in iure Verfahrens für die Gerichtsorgane vermittelte, von denen diese angewendet wurden.

<sup>45</sup> Das Formular der 1. a. sacramento ist, Gaius nach, wenn eine Sache geklagt wurde, das Folgende. Kläger: „Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam; sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui“; dann legte er seine Rute (festuca) auf den geklagten Sklaven. Auch der kontravindizierende Beklagte tat dasselbe. Dann aufgefordert vom Magistrat: „mittite ambo rem“, haben sie die festuca von ihm abgezogen. Derjenige, der zuerst vindizierte, hat den anderen befragt: „Postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris?“ Und dieser antwortete ihm so: „Ius feci, sicut vindictam imposui“. Dann sagte der erst vindizierende die Folgenden: „Quando tu iniuria vindicavisti D aeris sacramento te provoco“, während der andere seinen Gegner gleichfalls aufforderte, den Wettenbetrag niederzulegen, mit den folgenden Worten: „Et ego te“ (Gai. 4. 16).



3. Die in der interpretatio der pontifices manifestierte, aber dann noch mit dem Zeitwort „cavere“ nicht bezeichnete Tätigkeit zeigt also die Geschäfts- und Klageformulare schaffende Tätigkeit der Juristen, die nach dem Auftreten der iuris consulti auch mit einem besonderen terminus technicus bezeichnet wurde:

a) cavere, d.h. die Ausgestaltung des Geschäftsformulars und

b) in iure cavere, d.h. die Ausbildung des Klageformulars.

4. Die mit dem Zeitwort „cavere“ bezeichnete Funktion bedeutet also die sog. Formularjurisprudenz. Diese Tätigkeit ergibt eine Denkart in Geschäftsformularen (durch Formalanalogie, contrarius actus und extensive Interpretation) und Klageformularen (oft durch die extensive Interpretation).

Die Vorige ist die ältere, aber als das Prozessverfahren — natürlich noch vor dem Zwölftafelgesetz — sich entwickelt hatte, dessen genauer Niederschlag in diesem Gesetzbuch zu finden ist, mussten die diesem entsprechenden Klageformulare sofort ausgestaltet werden. Dies geschah vermutlich bei der Veröffentlichung des Zwölftafelgesetzes oder unmittelbar nach dieser: „deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt“ (Pomp. D.1.2.2.6.). Die Ausbildung der Geschäftsformulare bedeutete aber einen längeren Vorgang der Erschaffung der dem Wesen nach erstarrten fünf legis actiones gegenüber und wurde gleichfalls die Heimwissenschaft der pontifices.

5. Die cavere-Tätigkeit wird von der juristischen Romanistik aufgrund der Wortbildung von Jörs im allgemeinen zu eng begrenzt Kautelarjurisprudenz genannt.<sup>46</sup> Dieser Ausdruck zieht aber nicht in Betracht die in iure cavere-Tätigkeit. Die aus dem Wort „cavere“ abgeleitete Kautelarjurisprudenz bedeutet nur eine sich auf die Verfertigung von Geschäftsformeln ausdehnende Jurisprudenz und so geht die die Erschaffung der Klageformulare enthaltende, Klageformularjurisprudenz nennbare Tätigkeit verloren.

6. Die interpretatio bedeutet also keinen qualitativ unterscheidbare Jurisprudenzweig. Solche Zweige finden wir erst bei den Tätigkeitsformen der iuris consulti (cavere, agere, respondere). Die interpretatio sei Jörs<sup>47</sup> nach nur ein theoretisches Ergebnis dieser Tätigkeitsformen, von denen wir vorläufig die „Formularjurisprudenz“ kennengelernt haben.

Die Formularjurisprudenz hat — wie eine im Rahmen der pontificalen interpretatio beginnende und dann durch die iuris consulti weiterentwickelte juristische Tätigkeit — die in Geschäftsformularen geschehene Denkweise ausgestaltet, innerhalb deren die Formalanalogie, der contrarius actus und die extensive interpretatio zum Mittel diene. Die die Klageformulare erschaffende juristische Tätigkeit hat hingegen die klagerechtliche Denkweise entwickelt. Beide Tätigkeitsformen sind von der Zeit der Tätigkeit der iuris consulti ab in der Form der cavere-iurisprudencia = Formularjurisprudenz erschienen.

<sup>46</sup> Jörs a. a. O. S. 93. ff. Vgl. noch Wenger a. a. O. S. 486. — Schulz a. a. O. S. 130. ff. — Kaser: Rechtsgesch. S. 163. — Dulckeit—Schwarz a. a. O. S. 136. ff. — Krüger spricht nicht darüber. Wieacker (Der römische Jurist. Vom röm. Recht. Stuttgart, 1961., S. 140) nennt hingegen das Produkt der cavere-Tätigkeit sehr richtig „Formularjurisprudenz“. — Kunkel (a. a. O. S. 93) erkennend sehr richtig die gemeinsame Grundlage der Geschäfts- und Klageformulare erschaffenden Tätigkeit, nennt beide zusammen „Kautelarjurisprudenz“.

<sup>47</sup> Jörs: „theoretisches Resultat“ (a. a. O. S. 95).

1. Die *agere*-Tätigkeit bedeutete — wie erwähnt — für die rechtsuchende Partei die vor dem Gericht, vor der Behörde stattfindenden Hilfeleistung.<sup>48</sup> In dieser Hinsicht sind aber die Ansichten verschieden. *Jörs* verbindet das *agere* richtig mit *cavere*, aber er ist der Ansicht, daß nachdem das *cavere* sich in der Kautelarjurisprudenz verwirklicht, das *agere* auch die Erschaffung der Scheinprozeßformulare (in *iure cessio*) enthält,<sup>49</sup> und überdies auch in der Tätigkeit der Parteien vor dem Gericht eine Hilfeleistung bedeutet. *Wengers* Ansicht nach sei das *agere* eine Hilfetätigkeit der Juristen für die Prozeßparteien.<sup>50</sup> *Wieacker* denkt, daß diese Tätigkeit in der Auserwählung und eventuell Konstruierung des entsperhenden Klageformulars bestand,<sup>51</sup> während *Kaser* nach die Letztere in den Rahmen des *cavere* gehöre, da sie gleicherweise Tätigkeiten der Geschäfts- und der Klageformulاربildung bedeutet.<sup>52</sup> Schließlich versteht *Wlassak* unter *agere* die in *iure* Verhandlung, näher die Teilnahme des Juristen in dieser Prozeßphase.<sup>53</sup>

2. Unsere Ansicht in dieser Hinsicht ist die Folgende. Versteht man unter *agere*-Tätigkeit die Tätigkeit des Juristen vor dem Gericht, womit er achtgibt, daß die Prozeßpartei das Prozeßritual nicht verfehlt und eventuell, wie es für einen Rhetor geziemt, für das Recht seiner Partei argumentiert, so konnte sich diese Tätigkeit im Zeitalter des alten Rechts nicht auf etwas anderes beschränken, als was auch *Wieacker* erwähnt, nämlich auf die Auswahlung des entsprechenden Klageformular. Dies wurde auch von Cicero wahrscheinlich gemacht, dessen Ansicht nach *agere* = *actionem* instituere, was die „Bestimmung“ des entsprechenden Klageformulars bedeutet (Pro Mur.22). Diese Tätigkeit konnte aber sich auf die Konstruierung des Klageformulars nicht ausdehnen (*Wieacker*), nachdem dies die Aufgabe der *cavere-iurisprudencia* war. Es konnte sich höchstens darum handeln, daß der Jurist als Helfer der Prozeßpartei im Prozeß mit einer extensiven Interpretation darauf hinwies, daß das im Klageformular angewendete Wort „*arbor*“ im gegebenen Fall Weinrebe und die „*glans*“ nicht Eichel, sondern irgendeine Frucht bedeutet und er um deren Zuurteilen ansucht.

3. Das *agere* als eine Tätigkeitsform mag sich also im Zeitalter der *interpretatio* der *pontifices* gezeigt haben. Der ihnen nahe stehende Bevorrechtete konnte sich ruhig an einen der *pontifices* wenden, damit daß er ihm bei der Klagerhebung mit dem Hervorsuchen des entsprechenden Klageformulars aus dem pontificalen Archiv Hilfe leisten und eventuell das Gericht mit extensiver Interpretation darauf aufmerksam machen soll, daß das Formular ausdehnend anzuwenden sei. Diese Tätigkeitsform wurde aber erst vom Auftreten der *iuris consulti* ab *agere* genannt.

4. Während also die *cavere*-Jurisprudenz eine juristische Tätigkeitsform bedeutet, die mit der in Geschäfts- und Klageformularen ausgeführten

<sup>48</sup> Note 8.

<sup>49</sup> *Jörs* a. a. O. S. 94.

<sup>50</sup> *Wenger* a. a. O. S. 486.

<sup>51</sup> *Wieacker*: Vom röm. Recht, S. 139.

<sup>52</sup> *Kaser*: Rechtsgesch. S. 162.

<sup>53</sup> *M. Wlassak*: Die klassische Prozeßformel I. Akad. der Wissenschaften in Wien, Phil.—Hist. Klasse. Sitzungsberichte, Vol. 202, Abh. No. 3, 1924, S. 64.

Denkweise verbunden ist, hat die agere-Jurisprudenz, obwohl sie mit der ersteren verbunden ist, nur eine in Klageformeln geschehene Denkungsart herbeigeführt.

## VI.

1. Die *responsum*-Jurisprudenz beruht auch in diesem Zeitalter auf eine gestellte Frage gegebenen Gutachten, Antwort (*responsum*), die auch *cavere* und *agere* innehat. Wollte nämlich jemand einen Vertrag abschliessen, so hat er den Juristen ersucht, um das Vertragsformular zu verfertigen oder auszuwählen, bzw. das Klageformular zu konstruieren oder entsprechend zu bezeichnen.

Die Respondiertätigkeit wurde zuerst notwendigerweise von den pontifices ausgeführt. Diese haben nämlich die Formulare der Geschäfte und der Klagen konstruiert und darauf achtgegeben, dass das Prozessritual von der Prozesspartei eingehalten wird. Auch der Magistrat konnte sich natürlich um ein *responsum* an das Pontifexkollegium wenden, das in diesem Fall eine Antwort geben sollte.<sup>54</sup>

Mit der Entwicklung der Warenverkehrsverhältnisse hat aber die ungebundene Respondiertätigkeit — der Veralterung des sich auf das Zwölf-Tafeln-Gesetz in Form der Interpretatio angesetzten Formularjurisprudenz zufolge — ein selbständiges Dasein gewonnen. Der pontifex maximus oder das Kollegium gibt ein ungebundenes *responsum* in Rechts- (aber nicht in Form-) fragen als eine Antwort auf die Konsultierung von Privatparteien oder Magistraten. So auch Cicero:

„Nam in iure cavere, consilio iuvare“ (De off. 2.65)

„quemadmodum caveamus in iure, aut quid de quaque consultatione respondeamus“ (De leg. 1. 17).

So ist *cavere* selbst qualitativ eine andere Tätigkeit (= Formaljurisprudenz), als die immer freier werdende respondierende Tätigkeit. Deren Verselbständigung wird durch die folgende ciceronische Stelle gezeigt:

„licet consulere, iam perdidistis. Sapiens existimari nemo potest in ea prudentia“ (Pro Mur. 28),

und:

„Quae consuluntur autem, minimo periculo respondentur. Si id quod oportet responderis“ (ebendort).

In diesen Stellen spricht Cicero über die unverantwortlich gegebenen schlechten Rechtsratschläge, die von einem weisen Menschen nicht als Wissenschaft qualifiziert werden können. Die Respondierung werde leider von einigen unverantwortlich und ohne selbst die kleinste Gefahr geleistet, man sollte aber solche Ratschläge geben, die nicht unrichtig sind.

Cicero spricht hier zweifellos über die nicht gebührend gebildeten oder oberflächlich respondierenden Juristen seines eigenen Zeitalters. Er weist aber damit zugleich auch darauf hin, daß die respondierende Tätigkeit in seiner Zeit schon ganz ungebunden war. Darüber kann natürlich in der Zeit der *iuris consulti* des alten Rechts nicht gesprochen werden, denn wenn auch

<sup>54</sup> Ein Privatmann konnte sich kaum an das Pontifexkollegium wenden (Jörs a. a. O. S. 37).

<sup>55</sup> Jörs a. a. O. S. 83.

diese die Gebundenheiten des Zwölftafelgesetzes und seiner interpretatio in gewissem Masse gelockert hatten, war ihre Tätigkeit mit diesen gleichwohl verbunden.

Auf alle Fälle stammt aber ihre Benennung: *iuris consulti* eben aus ihrer respondierenden Tätigkeit — und nicht aus ihren anderen Funktionen. — Sie sind ja, zu denen man sich für Ratschläge wendet (*consulere*) und sie sind, die mit ihrer respondierenden Tätigkeit Ratschläge geben (*qui consuluntur*). Es ist deshalb natürlich, daß die Benennung *iuris consulti* nicht von einer früheren Zeit datiert werden kann als die respondierende Tätigkeit der weltlichen Juristen, welche Tätigkeit zuerst offensichtlich auch die Funktion *carevere* (ja sogar auch das damit verbundene *agere*) enthielt.

2. Der Anfang der respondierenden Tätigkeit der *iuris consulti* kann in das Zeitalter des Appius Claudius Caecus (ung. 300 v. u. Z.) verlegt werden. Pomponius sagt zwar nichts über seine *responsa*, aber er erwähnt ein „*De usurpationibus*“ betiteltes, in seiner Zeit nicht mehr findbares Buch. Von diesem ist zwar vorstellbar, daß es — wenn wirklich existierte und nicht nur aufgrund einer mündlichen Überlieferung in Pomponius' Chronologie aufgenommen wurde (D. 1. 2. 2. 36.) — nur die auf die *usurpatio* bezüglichen Formulare zusammengebracht hatte. Es ist aber auch möglich, daß darin in Hinsicht der aus der *usurpatio* gegebenen Rechtsfragen ein, mit den Buchstaben des Zwölftafelgesetzes nicht unbedingt verbundener Standpunkt zum Ausdruck gebracht wurde.<sup>56</sup>

Die weiteren Texte des Pomponius verweisen aber schon zweifellos auf die für einen jeden zugängliche öffentliche respondierende Tätigkeit der *iuris consulti*:

„Fuit post eos maximae scientiae Sempronius, quem populus romanus *sophon* appellavit, nec quisquam ante hunc, aut post hunc hoc nomine cognominatus est. Gaius Scipio Nasica, qui optimus a senatu appellatus est: cui etiam publice domus in sacra via data est, quo facilius consuli posset ... Post hos fuit Tiberius Curuncianus, ut dixi, qui primus profiteri coepit, cuius tamen scriptum nullum extat, sed *responsa complura*“ (D. 1.2.2.37 und 38).

Den Obigen nach nannte das römische Volk den hochgelernten Sempronius „weise“, gewiß für seine vernünftigen Rechtsauskünfte, während G. Scipio Nasica vom Senat auf der Via Sacra ein Haus erhielt, um dem Volk öffentlich Rechtsratschläge geben zu können. Die Werke des Ti. Coruncianus (des ersten plebejischen pontifex maximus in 257) sind zwar nicht fortbestanden worden, weil solche er nicht geschrieben hatte. Die Tradition hat aber viele seiner *responsa* bewahrt.

<sup>56</sup> In Hinsicht der auf diese Frage bezüglichen Debatte im vorigen Jahrhundert vgl.: Jörs a. a. O. S. 86—87. Schulzens Ansicht (a. a. O. S. 12) nach konnte über eine so unbedeutende Frage eine Monographie um die Wende des vierten Jahrhunderts kaum zustandekommen. Th. Mayer-Maly (Roms älteste Juristenschrift, *Mnemosyne Bizoukidou*. Thessaloniki, 1960. S. 221. ff) aber führt plausibler aus, daß das Buch sich entweder auf die *usucapio* oder auf die Unterbrechung der Ersitzung oder auf das *trinoctium*, die *usurpatio* der *usucapio* der *manus*, d. h. auf in jenem Zeitalter sehr wichtige Fragen bezogen haben möge.

## VIII.

1. Zusammenfassend die juristische Tätigkeit des Zeitalters des alten Rechts:

a) Diese Tätigkeit begann mit der mit dem Zwölftafelngesetz verbundenen *interpretatio pontifices* und endete mit der Tätigkeit der um 300 auftretenden *iuris consulti* in der Mitte des dritten Jahrhunderts;

b) die *interpretatio* ist das theoretische Resultat aller juristischen Tätigkeiten, die mit dem Zwölftafelngesetz wörtlich oder eng verbunden sind; sie ist aber keine juristische Tätigkeitsform, denn eine solche wird nur vom Auftreten der *iuris consulti* in drei Varianten ausgedrückt: in der *cavere*-, *agere*- und *respondere*-Jurisprudenz;

c) die *cavere*-Jurisprudenz wurde von den *pontifices* begonnen und in der Verfertigung von Rechtsakten, Geschäftsformularen, sowie Klageformularen realisiert, wofür diese Formularjurisprudenz genannt werden kann; ihr Ergebnis ist die in Geschäfts- und Klageformularen wirkende Denkweise, die sich mit Hilfe der Mittel der Formalanalogie, der konträren Akte und der extensiven Interpretation ausgestaltet hat;

d) die *agere*-Jurisprudenz — deren Ausgestaltung gleichfalls von den *pontifices* begonnen wurde — bestand dem Wesen nach in der Auswahl der Klageformulare und so verband sich mit der Formularjurisprudenz; diese hatte aber nur eine in Klageformularen geschehene Denkweise herbeigeführt;

e) die *respondierende*-Jurisprudenz im weiteren Sinn enthielt die *cavere*- und *agere*-Jurisprudenz, im engeren Sinn wurde sie aber eine die Rechtsfall-Lösung den Konsulierenden (*consulere*) immer ungebundener gebende Antwort (*responsum*); diese wird die wichtigste Übergangsform des Denkens auf dem zur vorklassischen Jurisprudenz führenden Weg, nachdem sie sich im Vorgang der Lostrennung von den Buchstaben des Gesetzes und der Formularen realisierte;

f) diese primitive Jurisprudenz kann noch keineswegs als eine Rechtswissenschaft im Sinne des Endes der Republik qualifiziert werden.<sup>57</sup> Es handelt sich hier ausschließlich um eine Kasuistik, eine Rechtserzeugung im Laufe der Rechtsanwendung.

2. Die in der privatrechtlichen Denkart manifestierte Klassenanschauung der römischen Juristen wird von *Ihering*<sup>58</sup> ausgezeichnet charakterisiert. Er weist darauf hin, daß in den Rahmen der 1. a. *sacramento*, im Falle des Klagens eines Betrags so klein er auch sei, der Gesuchsteller zumindest 50 As

<sup>57</sup> *Jörs* (a. a. O. S. 6) sagt in dieser Hinsicht die Folgenden. „Man darf die Ausdrücke Jurisprudenz und Rechtswissenschaft streng genommen nicht gleichbedeutend gebrauchen. Der erstere ist weiter, umfaßt jede fachmäßige Beschäftigung mit dem Recht, der letztere nur die innere Ergründung desselben“. Ungefähr dies ist auch die Meinung von *Wieacker* (*Der röm. Jurist*, S. 141): „Sie ist Jurisprudenz vor allem im Sinne des angelsächsischen Sprachgebrauchs bewahrter juristischer Praxis; aber sie ist sicher keine Wissenschaft“. — Ebenso *F. Pringsheim* (*Höhe und Ende der römischen Jurisprudenz*, Ges. Abh. I. Heidelberg, 1961, S. 54): „Man zögert, ob man von einer Rechtswissenschaft sprechen soll; — sagt er über die Jurisprudenz des alten Rechts — denn dies ist die Eigentümlichkeit des römischen juristischen Denkens, daß es nicht zu einer Fachwissenschaft erstarrt, sondern in der Mitte zwischen Praxis und Wissenschaft schwebt“.

<sup>58</sup> *R. Ihering*: *Reich und Arm im römischen Zivilprozessrecht*. Scherz und Ernst in der Jurisprudenz<sup>11</sup>. Leipzig, 1912, S. 188—189.

niederzulegen hatte, während z. B. bei einer 1000 As Forderung eines Reichen dieser Betrag höchstens 500 As war. Die sachfällige Partei hat die summa sacramenti verloren, während die obsiegende Partei diese zusammen mit der Kondemnierungssumme zurückerhalten. Diese Prozeßform ward ein „ökonomisches Abschreckungsmittel“ dem Armen gegenüber, der selbst um 20 As klagen zu können, gezwungen war, irgendwoher 50 As zu erwerben. „Ob du reich oder arm bist — sagt *Jhering* — macht keinen Unterschied ... vor dem Gesetz ist jeder gleich. Eine schöne Gleichheit! Was für den Reichen eine Kleinigkeit, bilden für den Armen ein unübersteigliches Hindernis; es ist die Gleichheit, welche dem schwachen Kinde dieselbe Last zu tragen auferlegt, wie dem starken Manne — den Sakramentsatz von 500 As haben die reichen Leute erfunden, um uns armen Teufeln das Prozessieren nahezu unmöglich zu machen.“ Die primitive in Formularen denkende Jurisprudenz enger Klassenanschauung mußte eine solche formelle Anschauung haben. Es wurde nur durch den Fortschritt des Wirtschaftslebens in die Richtung des Warenaustausches ermöglicht, daß die respondierende Jurisprudenz (die nicht mehr das Klassenmonopol der pontifices war) dem neuen Zeitalter zu fortschreitet, um so mehr, weil mit der *lex Hortensia* (287) der Klassengegensatz zwischen Patriziern und Plebejern auch formell beseitigt wurde.

## II. DIE PRIVATRECHTLICHE DENKWEISE DER JURISTEN IM VORKLASSISCHEN ZEITALTER

### I.

1. Der nach dem 23 Jahre lang dauernden I. punischen Krieg geschlossene Friedensvertrag (241) lieferte Sizilien, Sardinien und Korsika den Römern aus. Damit sind außerordentlich viele Sklaven in die Arbeitsordnung des römischen Staates geraten. Damit wird das System der patriarchalen Sklaverei durch die auf die Warenproduktion eingestellte Betriebssklaverei abgelöst.

Nach dem dritten punischen Krieg, mit Karthagos Okkupation, wurde Rom der alleinige Herr des westlichen Teils des Mediterraneums und später, mit der Eroberung des griechischen Landes (146) und Annektierung des Pergamon Königiums, begründete es seine sich auf drei Weltteile ausdehnende Macht.

In dem schon zu Reich gewordenen Rom hat sich auf dem Sklavensystem als einer passiven gesellschaftlichen Grundlage eine dreifaltige soziale Schichtung ausgestaltet: die Nobilität (die wohlhabenden Patrizier und die bereicherten Plebejer), aus deren Reihe die Mitglieder des Senats im allgemeinen herauskamen. Vom dritten Jahrhundert ab versteift sich der Senatorenstand und ein sog. homo novus kann kaum mehr in den Senat hineingelangen. Diese Schicht bildete Roms Gutbesitzeraristokratie, während aus der Reihe der bereicherten Plebejer der Ritterstand, die sich mit Wuchergeschäften beschäftigenden Bankiers von Rom, als die Geldaristokratie des Reiches herauskam. Die ausgebeutete Klasse der Freien gab sich aus der verarmten Bauernschaft, in Verbindung womit es in Hinsicht der Großgrundbesitze mit Recht gesagt werden konnte: „latifundia perdidere Italiam“. Aus der verarmten Bauernschaft bildete sich das in die Stadt hineinströmende Proletariat.

Die soziale Spannung zeigt sich in diesem Zeitalter in drei Beziehungen: in den Sklavenaufständen (zunächst im Spartacus-Aufbruch), in den mit der Bodenbesitzreform verbundenen Bewegungen (wie die Bewegung der Gracchen), sowie in den Aufbrüchen in den Provinzen. Die Steigerung der sozialen Spannung zeigte darauf hin, daß das Reich mit der republikanischen Staatsform kaum mehr zusammengehalten werden kann. Die Warenproduktion erreichte ja ihren Spitzenpunkt, im Sklavennachschub traten Störungen auf, das Reich wird durch äußere Angriffe gefährdet und kann durch die beschränkte, korrupte staatsführende Gruppe des Senats kaum mehr aufrechterhalten werden.

2. Auf dieser wirtschaftlichen Grundlage gestaltet sich eine neuartige ideologische Überbau in Rom aus. Es kann angenommen werden, daß eine gewisse griechische Wirkung sich hier auch schon früher durchgesetzt hat, selbst wenn wir die Wirkung von Solons Gesetzen auf das Zwölftafelgesetz als in

die Welt der Sagen gehörende ansehen. Die Provinzialisierung des griechischen Landes in 146 gab aber ganz freien Weg der Wirkung der hellenistisch gewordenen griechischen Philosophie.

Die hellenistische Philosophie erbaut sich auf die dialektische Methode von Platons<sup>1</sup> hellenischen Philosophie,<sup>2</sup> wonach es in der Erkennung der Dinge zwei Wege gebe. Der eine Weg sei die Fortbewegung aufwärts bis zu den allgemeinen Begriffen des *genus*, der andere die Fortbewegung von den allgemeinsten Begriffen hinunter bis zu den Detailbegriffen. Der Erzeuger der Grundlagen der hellenistischen Philosophie war der Erzieher Alexander des Großen, Aristoteles,<sup>3</sup> der seine Studien in Platons Schule fortsetzend, viele Elemente seiner Dialektik übernahm, obwohl er die Theorie der platonischen Ideen einer strengen Kritik unterwarf und wenn er auch den platonischen Idealismus nicht zum Schluß brachte, gelangte er dem Materialismus ziemlich nahe. Das Endziel der Wissenschaft sei nach ihm die Definition der Sache. Da die verschiedenen Begriffe sich in ein allgemeines *genus* nicht einigen lassen, seien die *genera* zu bestimmen, in die die bestehenden Kategorien reduziert werden können. Sich auf die Lehren von Aristoteles stützend, aber in vielen Hinsichten davon abweichend entwickelte sich in den 4. und 3. Jahrhunderten die Philosophie der Stoa,<sup>4</sup> aufgrund der Lehren von Zenon und Chrysippos. Ihr Grundgedanke ist: die wahre Weisheit sei, in Einklang mit der Natur zu leben. Die Wissenschaft strebe sich — stellen sie aufgrund von Aristoteles fest — nach der Erkennung des Allgemeinen; das Allgemeine, als solches, sei aber in der Welt ein nicht-existierender Begriff.

Die griechische Philosophie läßt ihre erste Wirkung dann fühlen, als Karneades, der Platonist in Rom ankommt (155). Das Ankommen von ihm und seinen Genossen in Rom hat aber die Empörung des älteren Cato ausgelöst, der um die „uralten römischen Sitten“ den Platonisten gegenüber besorgt war.<sup>5</sup>

Gleichfalls im 2. Jh. v. u. Z. erscheint in Rom Panaitios von Rhodos (cca 185—110), der in der Mitte des Jahrhunderts die Philosophie der sog. mittleren Stoa verbreitet und zum Freundeskreis des Publius Cornelius Scipio Aemilianus Africanus Minor gehörte, welcher Kreis ein großer Anhänger der hellenistischen Kultur und der hellenistischen Philosophie war,<sup>6</sup> wovon Cato censorius die römischen Sitten sehr hüten wollte. Die Philosophie der Stoa übte dann auf Rom kontinuierlich eine Wirkung aus. Die Idee des griechischen Weisen hat sich mit den über die uralten römischen Tugenden, die Tapferkeit, Gerechtigkeit verkörpernden römischen Ahnen gebildeten Vorstellungen verschmolzen, so gestaltete sich die auf die in der ganzen Welt herrschende Vernunft, die Gleichheit der Menschen, die einsichtige Gerechtigkeit

<sup>1</sup> Kulturgeschichte der Antike, Griechenland, Red. R. Müller, Berlin, 1977. S. 354.

<sup>2</sup> Kulturgesch. S. 357.

<sup>3</sup> Kulturgesch. S. 359.

<sup>4</sup> Kulturgesch. S. 433 ff. & S. 438 ff.

<sup>5</sup> Maschkin, N. A.: *Az ókori Róma története* (Geschichte des antiken Roms, Ung. Übers. aus Russisch), Budapest, 1951. S. 154. — Von den Mitgliedern der Karneades'schen Philosophendelegation wurde das Recht der öffentlichen Vorlesung entzogen, worin der ältere Cato einen großen Teil hatte. Vgl.: *Maróti, E.*: *Cato és a „De agri cultura“* (Cato und das „De agri cultura“), Budapest, 1966. S. 31.

<sup>6</sup> Maschkin a. a. O. S. & 167., Wenger a. a. O. S. 183. und Kulturgesch. S. 444 ff.



sprechende Lehre aus in der Ideologie dieses Zeitalters und auch in seinem Recht.<sup>7</sup> Die Philosophie des 1. Jahrhunderts v. u. Z. wird also durch einen gewissen Eklektizismus charakterisiert,<sup>8</sup> der aus den Elementen der platonischen, aristotelischen und stoischen Philosophien zusammengefügt wurde.

## II.

1. Untersuchen wir hiernach die juristischen Tätigkeitsformen, aus denen wir auf die juristische Denkweise der vorklassischen Periode folgern können.

Die mehrfach angeführte Feststellung von Cicero (De orat. I. 212), wonach in seiner Zeit die Tätigkeit des Juristen aus den mit den Infinitiven *cavere*, *agere* und *respondere* bezeichneten Funktionen von drei Richtungen zusammengesetzt wurde, kann auch hier zum Ausgangspunkt dienen.

Im Rahmen dieser drei Tätigkeitsformen bedeutet aber die Eindringung der hellenistischen Philosophie in Rom, die aus den in rein kasuistischen Geschäfts-, Akts-, bzw. Klageformularen denkenden Juristen, bzw. aus der von ihnen erschaffenen Jurisprudenz wirkliche Rechtsgelehrte bzw. Rechtswissenschaft zustandebringen konnte, unbedingt gewisse Veränderung. Das verbindende Band zwischen beiden Zeitaltern war die respondierende Tätigkeit, in deren Rahmen, wie schon erwähnt, die Juristen nicht nur Geschäfts-, Akts- und Klageformulare für die sich zu ihnen wendenden (*consulere*) Privatpersonen bzw. Behörden geschaffen, sondern auch ihre freie respondierende Tätigkeit hinsichtlich der Lösung einiger juristischen Probleme, unabhängig von diesen Formularen begonnen haben.

2. Dementsprechend probieren wir in den Folgenden im Rahmen der im vorigen Zeitalter untersuchten dreifältigen juristischen Tätigkeitsform die Denkweise der Juristen dieser Periode festzustellen. Demgemäß beschäftigen wir uns im Rahmen des vorklassischen Zeitalters wiederholt mit der mit den Worten

- a) „*cavere*“,
- b) „*agere*“, sowie
- c) „*respondere*“ bezeichneten juristischen Tätigkeit und den darin manifestierten Denkformen und dem dort gefundenen Inhalt. Bevor aber wir die eingehende Behandlung dieser Fragen beginnen, ist die Änderung, die sich in der Tätigkeit der Juristen des vorklassischen Zeitalters vom zweiten Jahrhundert dieses Zeitalters ab zeigte, zu untersuchen.

## III.

1. Die in den sozialen-wirtschaftlichen Verhältnissen des vorklassischen Zeitalters eingetretene Veränderung, die sich in dem von der patriarchalen Sklaverei zur Arbeitsordnung der warenerzeugenden Sklaverei zeigte und deren Folgen die expansive Außenpolitik von Rom und seine infolgedessen erfolgten Eroberungen waren, die schon dann die Einverleibung des hellenistischen Ideologie tragenden griechischen Landes, von Kleinasien und dem

<sup>7</sup> Maschkin a. a. O. S. 284.

<sup>8</sup> Maschkin a. a. O. S. 284.

Archipelagos zur Folge hatten, haben eine tiefgründige Veränderung in der Beziehung des rechtlichen Überbaus nach sich gezogen. Dies manifestiert sich hinsichtlich der wirtschaftlichen Grundlage als eine Folge der Veränderung der Struktur der Produktionsverhältnisse, des Übergangs zur Warenproduktion, andererseits — der Einverleibung des östlichen Teils des Mediterraneums zufolge — als eine Folge der teilweisen Rezeption der hellenistischen Ideologie.

2. Zu Anfang des vorklassischen Zeitalters haben die dem I. punischen Kriege zufolge eingetretene soziale-wirtschaftliche Änderung und der sich demzufolge schnell entfaltende Warenaustausch den unerhörten Zuwachs der Anzahl der Lebensverhältnisse nach sich gezogen, wovon das bäuerliche Rom, der stadtzentrische Staat der archaischen Periode nicht einmal träumen konnte. Das Zwölftafelgesetz mit seinem primitiven *legis actio*-System war selbst mit der auf das Gesetzbuch aufgesetzten Interpretatio nicht imstande, in seiner Form aus den 5. bzw. 4. Jahrhunderten mit den sich entwickelnden Warenaustauschverhältnissen Schritt zu halten. Die in Entwicklung begriffenen Lebensverhältnisse erforderten die Ausgestaltung eines neuen Rechtssystems, die zwar — dem bekannten Formkonservatismus der Römer zufolge — das Alte nicht verachtet, aber erneuert es und daneben den Grund zu einem neuen Recht legt. Dieses neue Recht, in dessen Ausgestaltung die Juristen mittelbar eine entscheidende Bedeutung hatten, weil es unmittelbar in den Rahmen der prätorischen Rechtserzeugung erschien, sollte die Bedürfnisse der sich sehr schnell entwickelnden Warenaustauschverhältnisse befriedigen.

3. Es ist bekannt, daß in 242 v. u. Z. das Eintsrömen der peregrini und unter ihnen der peregrinischen Kaufleute nach Rom nötig gemacht hatte, ein neues Prätoramt aufzustellen, das zum Unterscheidung von dem vorigen Magistrat mit *iurisdictio*, dem einzigen Prätor, *praetor peregrinus* genannt wurde, dem anderen, dem *praetor urbanus* gegenüber, der „*inter cives ius dicit*“. Die Funktion des *praetor peregrinus* war grundlegend „*inter cives et peregrinos ius dicere*“, während das „*inter peregrinos ius dicere*“ auf eine spezielle *iurisdictio* hinzuweisen scheint.<sup>9</sup> Dies ist ja verständlich. Roms Ziel war nämlich, einen großen Handelsverkehr auszugestalten und war grundlegend daran interessiert, was im Falle geschehe, wenn unter seinem Bürger und einem pe-

<sup>9</sup> Es ist eine auch heute noch bestehende Auffassung, daß der *praetor peregrinus* „*ius dicit inter cives et peregrinos et inter peregrinos*“. Auf die Unrichtigkeit dieser Ansicht hat zuerst F. Serrao (La „*iurisdictio*“ del pretore peregrino. Napoli, 1954. S. 20 ff.), dann D. Arriat (Le préteur pérégrin. Paris, 1955. S. 46 ff.) aufmerksam gemacht. Serrao hat darauf hingewiesen, daß das „*inter peregrinos*“ Verfahren des *praetor peregrinus* überhaupt keine generalis *iurisdictio* bedeutete, sondern nur eine spezielle, in gewissen Fällen durchdringende Möglichkeit der Gerichtsbarkeit, während Arriat, einen Schritt weitergehend, feststellte, daß der Ausdruck „*inter peregrinos*“ keine Gerichtsbarkeit „unter peregrini“ bedeutete, sondern die Gerichtsbarkeit „über peregrini“, wie z. B. die „*quaestio inter sicarios*“ keinen Gerichtshof der in den Fällen voneinander verfahrenen „Mörderer“ bedeutet, sondern einen in den „Fällen der Mörderer“ bzw. in „Mordfällen“ verfahrenen Gerichtshof. Kaser auch schließt sich (Anzeige zum „Le préteur pérégrin“ von D. Arriat SZ 73 (1956) S. 488) dem Wesen nach, an die Ansicht von Serrao und Arriat und denkt diese Argumentierung richtig zu sein. Daneben sind die auf die *iurisdictio* der zwei praetores bezüglichen Quellenstellen (vgl. Pólay: Differenzierung der Gesellschaftsnormen im antiken Rom. Budapest, 1964. S. 277—278) einander ziemlich widersprechend, sodaß eine völlig eindeutige Antwort von ihnen nicht zu erwarten ist.

regrinischen Kaufmann ein Rechtsstreit vorkommt. Die obige Funktion des praetor peregrinus sorgte dafür, daß in diesem Fall — wenn auch der praetor peregrinus, sich auf das ihm zukommende imperium stützend, vom Zwölftafelgesetz und seiner interpretatio, sowie von den Formularen des legis actio abweichende rechtliche Formen angewendet hat, — das Recht, das er so auszugestalten begann, schließlich doch ein römisches Reichsrecht war, selbst wenn es sich von den Produkten der archaischen römischen Rechtserzeugung und Rechtsbildung völlig unterschied. Andererseits war es in der auf die Ausgestaltung des großen römischen Warenverkehrs gerichteten Bestrebung eine Frage zweiten Ranges, was geschehe, wenn zwischen zwei Peregrinen in Rom ein Rechtsstreit vorkommt. Der praetor peregrinus hat also eine vom Zwölftafelgesetz, den damit verknüpften archaischen Rechtsformen, sowie den späteren Volksgesetzen unabhängige, auf seinem imperium beruhende Prozeßordnung für die zwischen den cives und peregrini bestehenden Rechtsstreite, d. h. ein „Reichsrecht“ ausgestaltet und nicht ein als die Grundlage eines Prozesses für die Entscheidung der Rechtsstreite von zwei peregrini dienendes „Volkrecht“. Wenn er auch eine iurisdictio in einem zwischen zwei peregrini vorkommenden Rechtsstreit ausübte, war diese eine spezielle iurisdictio.

In der rechtsbildenden Tätigkeit des praetor peregrinus — nachdem die praetores im allgemeinen keine Berufsjuristen, sondern Männer des öffentlichen Lebens waren — spielten die Juristen notwendigerweise eine sehr bedeutende Rolle. Sie hatten sowohl in der Ausgestaltung der Prozeßordnung des praetor peregrinus als auch in der Ausformung der außergerichtlichen Rechtshilfen des praetor urbanus teilgenommen wobei aber die Hand des praetor nicht so ungebunden war, wie die seiner oben erwähnten Kollegen. Die Rechtshilfen konnten doch zum Zwölftafelgesetz und seinen Zubehörten, sowie den späteren Gesetzen des populus Romanus nicht in Gegensatz sein. Die Tätigkeit der Juristen — da auch der praetor urbanus kein Berufsjurist war — war aber auch in diesem Fall unentbehrlich bei den erwähnten Produkten der römischen Gesetzgebung und bei den früheren Produkten der juristischen Arbeit, sowie in der die rechtlichen Formen respektierenden Rechtserzeugung.

4. Die im Rechtsleben eingetretene oben erwähnte Änderung hat ziemlich schwerfällig begonnen, worin der Formkonservativismus der römischen Juristen eine entscheidende Rolle spielte. Die Juristen, denen eine bedeutende Rolle bei der von Gesetzen und ihren Zusätzen gebundenen Hand des praetor urbanus zu gewährender Hilfeleistung eine bedeutende Rolle zukam, hatten diese Tätigkeit ziemlich einzuschränken. Nicht so diejenigen, die der rechtserzeugenden Tätigkeit des praetor peregrinus Hilfe leisteten. Ihre Tätigkeit konnte sich freier durchsetzen. Der praetor peregrinus, als einer der Besitzer des imperium des Staates, war von den Gesetzen nicht gebunden, da er im Rahmen der iurisdictio zwischen den cives und peregrini seine rechtserzeugende Tätigkeit ausübte. Dies konnte natürlich nicht bedeuten, daß in dieser Beziehung der juristische Formkonservativismus nicht durchgedrungen hätte. Der praetor peregrinus ließ ja in seiner rechtserzeugenden Tätigkeit die bis dahin stattgefundenen rechtlichen Formen nie außer acht. Denken wir doch an die Ähnlichkeit zwischen dem Prozeß mit legis actio und dem formulären Prozeß, an die Ausdehnung — in ein wenig veränderten Form — des Formulars der Stipulation im Verhältnis zwischen einem peregrinus und civis, usw.

5. Nachdem in der zweiten Hälfte des republikanischen Zeitalters das zum Reichsrecht gewordene römische Rechtssystem — der rechtserzeugenden Tä-

tigkeit des praetor urbanus und des praetor peregrinus zufolge — in zwei Teile zerfiel und zwar in das vom praetor urbanus angewendete und weitergebildete ius civile und das vom praetor peregrinus in seinen Grundlagen ausgebildete und dann auch vom praetor urbanus angewendete, ja sogar jetzt schon in erster Linie von ihm weitergebildete ius praetorium. Diese gerieten, beieinander stehend, notwendigerweise in eine Wechselbeziehung miteinander, einander befruchtend und sich miteinander verschlingend. So sollte die die Rechtserzeugung befördernde Tätigkeit der Juristen sich auf beiden Linien offenbaren. So hat sich die ursprünglich nur durch den Formkonservatismus der die Weiterbildung des ius civile befördernden Juristen stattfindende Gebundenheit dieser Juristen gräßtenteils aufgehoben. Diese im römischen Rechtssystem zustandegewordene Umgestaltung herbeigeführte Änderung wurde durch die sich im ideologischen Überbau vollziehende Veränderung auf entscheidende Weise geholfen. Und dieser Faktor war die Eindringung der hellenistischen Philosophie in das römische Reich, was auf unsere Juristen auch nicht ohne Wirkung bleiben konnte.

#### IV.

1. Pomponius beginnt in seinem Enchiridium die iurisconsulti mit Appius Claudius, dem „Centummanus“ aufzuführen. Er spricht über die die responsa öffentlich ausgebenden Juristen, dann stellt die Folgenden fest:

„Post hos fuerunt Publius Mucius et Brutus et Manilius, qui fundaverunt ius civile“ (D. 1. 2. 2. 39).

Dann führt Pomponius einige Juristen und Rhetoren auf und stellt fest, daß „Post hos Quintus Mucius, Publii filius, pontifex maximus ius civile primus constituit generatim in libros decem et octo redigendo“ (D. 1. 2. 2. 41).

Es scheinen unter den zwei Quellenstellen gewisse, wenn auch nicht scharfe, Widersprüche zu bestehen, insofern einmal die vorigen drei Juristen dann der pontifex maximus, Q. Mucius Scaevola von Pomponius in irgendeiner Form der Begründer der Rechtswissenschaft genannt wird. Der in beiden Quellenstellen manifestierte Widerspruch hat schon die Romanistik des vorigen Jahrhunderts beschäftigt.<sup>10</sup> Kunkels<sup>11</sup> Untersuchungen bedeuteten einen sehr großen Fortschritt in dieser Frage, denn er ist der erste, der in 1941 die auf die sozialen Verhältnisse und Abstammung der Rechtsgelehrten in der Zeit der Republik bezüglichen Angaben gesammelt und sie in das gesellschaftliche Milieu legend bewertet hat.

<sup>10</sup> R. Schneider: *Quaestionum de Servio Sulpicio Rufo* I. Leipzig, 1834. — F. D. Sanio: *Varroniana in den Schriften der römischen Juristen*. Leipzig, 1867.

<sup>11</sup> W. Kunkel: *Über die Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen in republikanischer Zeit*. Festscht. f. A. Zycha. Weimar, 1944. und: *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*. Weimar, 1961.

<sup>12</sup> P. Stein: *Regulae iuris*. Edinburgh, 1966.

<sup>13</sup> M. Bretone: „M. Manilius, Brutus ... fundaverunt“. *Atti. Congr. Ven. d. Società Italiana Storia Dir.* 1967.

In der neueren Literatur haben sich *Stein*,<sup>12</sup> *Bretone*,<sup>13</sup> *Wieacker*,<sup>14</sup> *Archi*,<sup>15</sup> sowie *Nörr*<sup>16</sup> mit dieser Frage beschäftigt. *Steins* und *Wieackers* Meinungen stimmen in der Frage, daß dem Ausdruck „fundaverunt“ keine größere Bedeutung beizumessen sei, überein, weil — wie es *Wieacker* ausführt<sup>17</sup> — die Frage, daß das *ius civile*, dem Wesen nach die römische Rechtswissenschaft, nur von den großen Trias (Manilius, Brutus, P. Mucius) geschaffen wurde (fundaverunt), völlig unbegründet, wie auch die spätere Feststellung von Pomponius, daß Q. Mucius „*ius civile primus constituit*“, bedeutungslos sei. Ihren Meinungen nach gebe es keinen bedeutenden Unterschied zwischen der Tätigkeit der das *ius civile* begründenden Trias und ihren Vorläufern. Es handelt sich vielleicht nur darum — wie *Stein*<sup>18</sup> ausführt — daß Q. Mucius Scaevola die Tätigkeit der erwähnten Trias nur mit der Anwendung der griechischen wissenschaftlichen Methoden übertraf. Eine bedeutend größere Bedeutung wird dem Ausdruck „fundaverunt *ius civile*“ von *Bretone*<sup>19</sup> beigelegt, dessen Meinung nach diese fundatio die Trennung der auf das Zwölftafelgesetz angesetzten *interpretatio prudentium* vom Gesetzbuch und deren Verselbständigung bedeutet habe. *Archis* Meinung nach,<sup>20</sup> der der *interpretatio ex auctoritate prudentium* eine selbständige Bedeutung zuschreibt, manifestiere sich die Tätigkeit der Trias grundlegend darin, daß die Betonung von den *verba legis* auf die *ratio legis* verlegt wurde. Endlich schreibt *Nörr*<sup>21</sup> wiederholt eine kleinere Wichtigkeit dem im *Enchiridium* vorkommenden Wort „fundare“ zu, insofern dies seines Erachtens in der Chronologie der Tätigkeit der *iurisconsulti* nichts mehr bedeuten konnte, als daß die Trias das bis dahin bestehende *ius civile* „konsolidierte“, ausgearbeitete und damit die Rechtssicherheit vermehrte.

Wenn auch die Meinungen der erwähnten Romanisten in Hinsicht der das „fundaverunt *ius civile*“ ausführenden Trias, sowie des die „*primus constituit generatim ius civile*“-Tätigkeit ausführenden Q. Mucius Scaevola verschieden sind, soviel muß jedenfalls über die „fundare“-Tätigkeit des Manilius, Brutus und P. Mucius festgestellt werden, daß hier gleichwohl ein Wendepunkt in der *iurisprudentia* eintrat. Es kann auch nicht außer acht gelassen werden, wie Q. Mucius von Pomponius charakterisiert wurde. Soviel ist jedenfalls nachdenklich, daß *Schulz*,<sup>22</sup> der die römische Rechtswissenschaft in einer anderen Einteilung behandelt, das hellenistische Zeitalter vom Anfang der Tätigkeit dieser Trias ab rechnet.

3. Unsere Ansicht, die *Nörr*<sup>23</sup> und *Wieacker*<sup>24</sup> auch anführen, ist in dieser Hinsicht dieselbe, die wir — erst in bezüglichen Literatur — schon in zwei frü-

<sup>14</sup> F. *Wieacker*: Die römischen Juristen in der politischen Gesellschaft des zweiten vorchristlichen Jahrhunderts. Sein und Werden im Recht, Festg. U. v. Lübtow. Berlin, 1970.

<sup>15</sup> *Archi*, SZ 87 (1970) S. 1. 2., 10 ff., 14 ff., 47 ff.

<sup>16</sup> *Nörr*, ANRW II, 15, S. 537.

<sup>17</sup> *Wieacker* a. a. O. S. 183.

<sup>18</sup> *Stein* a. a. O. S. 26 ff.

<sup>19</sup> *Bretone* a. a. O. S. 1 ff.

<sup>20</sup> *Archi* a. a. O. S. 15. & 35.

<sup>21</sup> *Nörr* ANRW. II, 15, S. 537. — Dem Wort „fundaverunt“ legt auch A. *Guarino* (Storia del diritto romano, Napoli<sup>5</sup> 1975, p. 310) keine besondere Bedeutung bei.

<sup>22</sup> *Schulz* a. a. O. S. 44.

<sup>23</sup> *Nörr*: Pomponius, ANRW II, 15, S. 536.

<sup>24</sup> *Wieacker*, Festg. U. v. Lübtow S. 183. 196.

heren Abhandlungen festgesetzt haben.<sup>25</sup> Die Tätigkeit von Manilius, Brutus und P. Mucius fällt in ungefähr dieselbe Entwicklungsstufe der Rechtswissenschaft, wie die des Q. Mucius Scaevola. Dieser Unterschied ist mehr quantitativ als qualitativ. Qualitativ nur insofern, daß es Q. Mucius war, der versuchte, in seine Arbeit ein gewisses System einzuführen (Scaevola-System). Pomponius wünschte bei der Vergleichung der Tätigkeiten der vorigen drei Juristen und des Q. Mucius offenbar dies zu betonen.

Die erwähnte Trias erschuf dem Wesen nach die römische „Rechtswissenschaft“,<sup>26</sup> was sie durch den Übergang von der Sammelarbeit zur schöpferischer Arbeit erreichte. Dies wurde von Q. Mucius weiterentwickelt. Die literarische Tätigkeit von P. Mucius, Manilius und Brutus bedeutet also einen Markstein in der Jurisprudenz des vorklassischen Zeitalters und die des Q. Mucius einen neuen Schritt vorwärts.

## V.

1. Die cavere-Jurisprudenz des vorklassischen Zeitalters wird unseres Erachtens aus zwei Zweigen, aus den Geschäfts- und Akts- und andererseits den Klageformularen zusammengesetzt, und die mit dieser juristischen Tätigkeit verbundene iurisprudentia kann Formularjurisprudenz genannt werden.

2. Die vom Zwölftafelgesetz bekannten drei Geschäfte waren das nexum, die Mancipatio und die stipulatio. Die Juristen des Zeitalters des alten Rechts hatten also die Formeln von diesen zu konstruieren, dann zu Formularen, Blankett-Texten ständigen Charakters zu verfeinern. Vom nexum — wie bekannt — sind kaum einige schriftliche Erinnerungen übriggeblieben. Es war ursprünglich ein Erzdarlehengeschäft, das aber schon in der Zeit des Zwölftafelgesetzes in eine enge Verbindung mit dem Akt der Mancipatio geriet, wie auch im Gesetzestext gezeigt: „cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto“ (Tab. VI. 1.). Auf alle Fälle, in der Zeit des Zwölftafelgesetzes bedeutet schon eines der Geschäfte eine in der Beziehung der res Mancipi auftretende imaginaria venditio (Mancipatio), während das nexum ein verantwortungerschaffendes Geschäft, das durch die nexi liberatio = solutio per aes et libram aufgehoben wird.<sup>27</sup> Wie eng übrigens beide Geschäfte einst miteinander verknüpft waren, wird durch Ciceros Ausdruck „nexu traditio“ bewiesen, die letzten Endes Mancipatio bedeutet (Top. 28. — Pro Mur. 3). Nachdem aber das nexum, als ein sui generis Geschäft, im 4. Jh. v. u. Z. verschwindet, bleibt das Formular der Mancipatio, worüber noch zu sprechen ist.

Das grundlegende Mancipatio-Formular ist auf Sklaven zu beziehen. Es

<sup>25</sup> Pólay: „Publius Mucius et Brutus ... fundaverunt ius civile“. Acta Jur. et Pol. Univ. Szeged. IX. (1962) und Zur Geschichte der Rechtswissenschaft im republikanischen Rom. Gesellschaft und Recht im griechisch-römischen Altertum I. Berlin, 1968. S. 150 ff. — Vgl. ähnlicherweise Dulceit—Schwarz a. a. O. S. 137.

<sup>26</sup> Darauf weist Jörs hin, wonach die iurisprudentia und die Rechtswissenschaft keine identischen Begriffe sind (a. a. O. S. 6, Note 2).

<sup>27</sup> Kaser: RPR I.<sup>2</sup> S. 43. — Das Formular des nexum G. Dulceit (Zur Rekonstruktion der Nexumformel, St. V. Arangio—Ruiz I. Napoli, 1952. S. 86) nach ist: „Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio, isque mihi nexus esto ... his assibus aeneae libra“.

kam aber offenbar auch für eine andere *res Mancipi* zu Geltung, mit der Anwendung des Formulars *mutatis mutandis*:

„Hunc ego hominem (hanc ego rem) ex iure Quiritium meum (meam) esse aio, isque (eaque) mihi emptus (empta) esto hoc aere, aeneaque libra“ (Gai. 1. 119).

Das *gajanische* Kommentar spricht übrigens in der Beziehung der Zugstiere und des italischen Grundstückes selbst ausdrücklich über die entsprechende Umänderung dieser Formel (1. 120). Für die vierte *res Mancipi* Kategorie blieb für uns ein Formular weder bei Gaius noch anderswo. Aber Jörs<sup>28</sup> versucht diese Formel z. B. für die uralten Dienstbarkeiten in den Folgenden zu rekonstruieren:

„iūs mihi esse eundi agendi in fundo Cornelianō aio, idque mihi emptum esto hoc aere aeneaque libra“.

Das Formular des *testamentum* mit *Mancipatio* erhielt sich bei Gaius:

„Familia pecuniaque tua endo mandatelem custodelamque meam quō tu iure testamentum facere possis, secundum legem publicam, hoc aere aeneaque libra esto mihi emptā“ (2. 104).

Wir kennen das Formular der *coemptio* in Fragmenten (Gai. 1. 123).<sup>29</sup>

Diese *Mancipatio*-Formulare sind offenbar die Ergebnisse der Arbeit der Juristen, die im Zeitalter des alten Rechts tätig waren. Als aber die Lebensverhältnisse komplizierter wurden, bedurften sie einer Verfeinerung. Nachdem die Lebensverhältnisse dem aufstrebenden Warenaustausch zufolge eben im vorklassischen Zeitalter komplizierter zu werden beginnen, sollen diese Verfeinerungen die Produkte des vorklassischen Zeitalters zu sein. Eine solche Verfeinerung kann die folgende Einschaltung in das Formular sein:

„Nisi, ut optimus maximus esset, traditus fuerit fundus; tunc enim liberum ab omni servitute praestandum“ (D. 21. 2. 75).

Das Formular weist vermutlich auf das Versprechen der Servitutslosigkeit des *fundus Italicus* hin und daß es aus diesem Zeitalter stammt, geht daraus hervor, daß in dieser Beziehung *Venuleius* sich auf die Ansicht des *Q. Mucius Scaevola* beruft (D. 21. 2. 75).

Ähnliche Ergänzungen konnten durch die Formulare der *fiduziarischen* *Manzipationen* hinsichtlich der Bezeichnung der *causa* beansprucht werden (*fidi fiduciae causa*; *donationis causa*, etc.).

3. Wir haben eine größere Anzahl der Beweise in Hinsicht der *stipulatio*-Formulare, die — in Hinsicht auf die große Elastizität dieses Geschäfts — am meisten die mit dem Aufschwung des Verkehrslebens nach dem ersten punischen Krieg verbundenen juristischen Produkte im rechtlichen Überbau sind.

Es sind hier zunächst einmal die obligatorisch vorgeschriebenen sog. *stipulationes praetoriae* zu erwähnen, sowie die beim Verkauf des Sklaven und des Ackerviehs erforderten *ädilischen* *Stipulationen* (D. 21. 1. 1. 1. — 38).

Diese Formulare konnten sich darauf beziehen, den *dolus malus* auszuschließen: „*dolum malum abesse, afuturumque*“ (D. 7. 9. 5. pr) oder „*quantum emptoris interfuit, non decipi*“ (D. 19. 1. 13. 2), auf Erbschafts Kauf: „*quanta pecunia ex hereditate ad te pervenerit*“ (D. 15. 1. 37. pr), eventuell auf die Vertragsstrafe, wie es uns *Labeo*, sich offenbar auf frühere Formulare stützend, mitteilt: „*si ita factum non erit*“ — „*si adversus ea factum erit*“ — „*si non feceris, si quid adversus ea feceris*“ (D. 45. 1. 137. 7). Oder sie mögen

<sup>28</sup> Jörs a. a. O. S. 203.

<sup>29</sup> Die von Krüger verfertigte Rekonstruktion vgl.: Jörs a. a. O. S. 204.

solche Klauseln enthalten haben, die darauf gerichtet waren, einem Zustand zu stabilisieren: „haec sic recte dari fieri praestarique spondes?“ (CIL, III. p. 951). Diese sind aber nur die einfachsten, im vorklassischen Zeitalter ausgestalteten Stipulationsformeln, deren weitere Verfeinerung nur der Stagnation des Warenaustausches zufolge im klassischen Zeitalter möglich geworden ist. Es ist zu erwähnen, daß der große Jurist des 1. Jahrhunderts v. u. Z., Aquilius Gallus, eine Stipulationsformel auf einem ganz hohen Niveau erschaffen hat, die eine allgemeine Quittierungsweise bedeutete so, daß zwei miteinander in einer geschäftlichen Verbindung stehende Personen ihre Schulden von allerlei Berechtigungsgründen in eine stipulatio novativen Charakters eingeschlossen haben und die darauffolgende acceptilatio alle diese Schulden gegeneinander ausglich, auf solche Weise, daß die Verpflichtung nur für den Restbetrag bestand (D. 46. 4. 18. 1). Diese sog. stipulatio Aquiliana setzt schon einem wohlentwickelten Handel voraus.<sup>30</sup>

Eine wichtige Formulargruppe ist die Gruppe der in Gaius' Institutionen befindlichen, einseitigen, eine mit der Beerbung verbundene Willenserklärung enthaltenden Blankettentexte klassischen Ursprungs, wie der Text der Erbeinsetzung: „Titius heres esto“ (2. 117), der der Enterbung: „Titius filius meus exheres esto“ (2. 127), „ceteri omnes exheredes sunt“ (2. 128), der der cretio: „cernitque in centum diebus proximis, quibus scies poterisque“ (2. 165), der der testamentarischen Benennung des Vormundes: „L. Titium liberis meis tutorem do“ — „liberis meis vel uxori meae Titius tutor esto“ (1. 149) oder derjenige der Freilassung und Erbeinsetzung eines Sklaven: „Stichus servus meus liber heresque esto“ (3. 186). Gaius teilt übrigens auch die Formulare des legatum per vindicationem, per damnationem, per praeceptionem und des sinendi modo mit (2. 193 — 2. 201 — 2. 216 — 2. 209). Dieses mag aber schon — da es sich um feine Distinktionen handelt — ein Produkt des klassischen Zeitalters gewesen sein. Die Tatsache aber, daß ein Erklärungsformular feiner Struktur auch im letzten Jahrhundert des vorklassischen Zeitalters entstand, wird durch die sog. cautio Muciana bewiesen. Q. Mucius hat damit ermöglicht, daß eine mit einer negativ-potestativen Bedingung zu einem Erben eingesetzte Person die Erbschaft antreten könne, wenn sie sich mit einer cautio verpflichtet, die Erbschaft auszuliefern, würde sie später auf eine Weise handeln, was sie aus der Erbschaft ausschleife. Der Rechtsgelehrte hat dieses Formular wahrscheinlich für die legata konstruiert. Es wurde wahrscheinlich nur durch Ulpian's extensive Interpretation auf die Erwerbung der Erbschaft bezogen (D. 35. 1. 7. pr). Es stammt übrigens von Aquilius Gallus auch das in einem interpolierten Text erhaltene Formular der Erbeinsetzung und Enterbung der „postumi“ (D. 28. 2. 29. pr).

Eine besondere Formulargruppe wird von den sog. *leges contractus* gebildet, deren erste Vertreter in Cato's Werk: *De agri cultura* schriftlich abgefaßt wurden. Diese Formulare sind nicht in der Gestalt von Stipulationsformularen konstruiert, vermutlich erschienen sie aber zuerst in dieser Form, dann als die formlose *locatio conductio* sich ausgestaltete, wurden auch sie zu einer *lex contractus*, die ein „Gesetz für die vertragschließenden Parteien bedeutet.“ Diese catonischen Formulare (c. 144—150) beziehen sich auf die Ölbeerenlesung (*oleam legendam hoc modo locare oportet*), die Ölpressung (*oleam faciundam hac lege oportet locare*), den Verkauf der auf dem Baum

<sup>30</sup> In Hinsicht der Stipulationsformulare vgl. Jörs a. a. O. S. 200—201. — Über die stipulatio Aquiliana vgl. Schulz a. a. O. S. 58.



hängenden Ölbeeren (oleam pendentem hac lege venire oportet), den Verkauf der Trauben auf dem Weinstock (vinum in doliis hoc modo venire oportet), die Verpachtung der Winterweide (qua lege pabulum hibernum venire oportet), sowie der Schafe (fructum ovium hac lege venire oportet).

Die andere Vertrags-Formular-Sammlung stammt von einem der Begründer des *ius civile*, dem schon erwähnten M. Manilius:

„...quam Manilianas venalium vendendorum leges ediscere“ (Cic. De orat. I. 246).<sup>31</sup>

Es läßt sich nicht feststellen, ob es sich hier um Stipulationsformularen handelt, die die mit den Kaufverträgen verbundenen Formeln enthalten oder um den *lex contractus* der schon formlos gewordenen und sich jetzt auszustalten beginnenden *emptio-venditio*. Soviel ist jedenfalls zweifellos, daß diese Formularsammlung schon ein völlig juristisches Werk ist, die erste wissenschaftliche Sammlung der Kaufsformulare, gemessen mit dem Maße des vorklassischen Zeitalters. Die Differenz zwischen den zwei Vertragsformularenmaterialien ist, daß das Vorige ein Teil des Werks des älteren Cato, eines auch juristisch gebildeten Landwirtes und Politikers ist, während die Sammlung: *Manilianae venalium vendendorum leges* von einem der Begründer der vorklassischen Rechtswissenschaft herrührendes rein juristisches Werk ist, das auch zeitlich später entstand. Cato besetzt nämlich die Quästur in 204 v. u. Z., 30 Jahre alt,<sup>32</sup> M. Manilius aber, der das Prätorsamt in 155 besetzte, sollte laut der *lex Villia annalis* in diesem Jahr mindestens 40 Jahre alt sein. Der Unterschied zwischen ihnen ist also ung. ein halbes Jahrhundert.<sup>33</sup>

3. Es fragt sich dann, wie sich die *Tripertita* des Sextus Aelius, die annehmbar an der 3. Jahrhundertwende gemacht wurden,<sup>34</sup> zur Kautelarjurisprudenz verhält. Es ist fraglich, was der zweite Teil des Werkes, der die mit dem Zwölftafelgesetz verbundene *interpretatio* enthielt, eigentlich einschloß. Wenden wir in dieser Forschung die Ausschließungsmethode an, so sollen wir feststellen, daß dieses Werk weder den ursprünglichen Text des Gesetzes noch die Formeln der *legis actiones* enthielt. Es handelt sich demzufolge um ein ausschließlich für die Praxis geschriebenes Werk — bei römischen Juristen ist etwas anderes kaum vorstellbar — so sollen wir feststellen, daß das Material der Geschäftsformulare irgendwo hier einen Platz erhalten mußte. Was mag diese *interpretatio* enthalten haben? Sehr bedenkenswert ist jedenfalls der Standpunkt von Nörr,<sup>35</sup> wonach dieser zweite Teil der *Tripertita* quasi eine Übersetzung des archaischen, zu Anfang des zweiten Jahrhunderts kaum mehr verständlichen, mehr als anderthalb Jahrhunderte alten Textes des Zwölftafelgesetzes auf eine modernere lateinische Sprache bedeutete. Diese „Modernisierung“ ist aber nur in der Form anzunehmen, daß nach dem nur

<sup>31</sup> Die „*Manilii actiones*“ genannte Formularsammlung (Varro, *De re. rust.* 2. 7. 6. — 2. 5. 11) weist wahrscheinlich auf diese Formulargruppe hin. Außerdem spricht Pomponius (D. 1. 2. 2. 39) auch über die sog. *Manilii monumenta*. Es ist streitig, ob das von Cicero und Varro erwähnte Manilius'sche Werk dieselbe Formularsammlung bedeute; es ist aber nicht ausgeschlossen. Aber die Identifizierung der Formularsammlung mit dem von Pomponius erwähnten Werk: „*libellos reliquit ... Manilius tres*“ (D. 1. 2. 2. 39) ist schon außerordentlich problematisch.

<sup>32</sup> Maróti: *Bevezetô tanulmány Catóhoz* (Einleitendes Studium zu Cato), S. 8.

<sup>33</sup> Über Manilius und sein Werk vgl.: Pólay: *Zur Geschichte*, S. 151, 165 ff. und die bezügliche Literatur, S. 189—190.

<sup>34</sup> Pólay: „*Publius Mucius et Brutus... fundaverunt ius civile*“. *Acta Jur. et Pol. Univ. IX.* (1962) S. 21 ff.

<sup>35</sup> Nörr, *ANRW II.* 15. S. 535.

wenig mehr verständlichen Text der Zwölf Tafeln der benützbar aber gleichzeitig auch erweiterte Text geriet. Es wurde z. B. der Ausdruck „si pater filium ter venum duuit, filius a patre liber esto“ mit den Formularen der Akte der adoptio und emancipatio ergänzt; oder seine Norm, wonach: „satis est ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poenam subiret“ (Tab. VI. 2), wurde damit ergänzt, daß auch das arglistige Verschweigen zu strafen ist (a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta), wie es Cicero, die iuris consulti interpretatio betonend, feststellt (De off. 3 65). Außerdem sollten aber auch die Geschäftsformulare in den Tripertita in irgendeiner Form eine Rolle spielen, wenn schon einmal im dritten Teil die von Cn. Flavius zuerst publizierten Klageformulare in aller Händen befindlich waren. Wir denken also, daß der erste Teil der Tripertita den Originaltext des Zwölftafelgesetzes enthielt. Die Veränderung dieses wurde nämlich dem Formkonservativismus der Römer selbst dann nicht erlaubt, wenn dieser Text in der Praxis kaum mehr angewendet werden konnte, auch deswegen, weil er auf dem Forum in Erztafeln eingehaut publiziert wurde. Die den zweiten Teil der Tripertita enthaltende interpretatio mag das zur unmittelbaren praktischen Anwendung geeignete Material des Gesetzbuches enthalten haben, zunächst einmal durch die Modernisierung des uralten Textes, die einerseits eine Stilveränderung, andererseits die den ursprünglichen Normen anhaftenden Geschäftsformen enthielt. Hier wurden die wichtigsten Geschäftsformulare eingereiht, ob sie sich auf das Vertragsrecht oder das Erbrecht oder Familienrecht bezogen. Schließlich wurden die Klageformulare im dritten Teil publiziert.

4. Einer der Zweige der Formularjurisprudenz der in der modernen Wissenschaft, seit Jörs, „Kautelarjurisprudenz“ genannt wird, entwickelte sich also im vorklassischen Zeitalter weiter, zuerst eng verbunden mit dem Text des Zwölftafelgesetzes, dann in der Zeit von Cato schon mehr oder minder getrennt. Der Wendepunkt in der „Kautelarjurisprudenz“ des vorklassischen Zeitalters wird wahrscheinlich durch die „Venalium vendendorum leges“ von M. Manilius vertreten, denn dies gibt schon eine ausschließlich von einem Juristen stammende, vom Zwölftafelgesetz unabhängige Sammlung der Kaufvertragsformulare (womit wir natürlich nicht sagen wollen, daß diese zu den Zwölf Tafeln in Gegensatz gewesen wäre).

5. Der andere Zweig der Formularjurisprudenz wird von der juristischen Tätigkeit gebildet, worüber — wie schon erwähnt — die Juristen so sperchen, als „cavere in iure“ (De leg. 1. 17. — De off. 2. 65). Es handelt sich hier, dem Wesen nach, um eine dem die iurisdictio ausübenden Magistrat im in iure Verfahren gegebene Hilfeleistung, in der Form der Verfassung von Klage- und anderen Rechtshilfeformularen.

Es ist aufgrund der pomponianischen Quellenstelle allgemein bekannt, daß die Formulare der legis actiones — die offenbar von den pontifices ausgearbeitet wurden — Cn. Flavius publiziert hatte. Diese Klageformulare, die für eine lange Zeit unverändert waren, versteiften sich und ihr Anwendungskreis wurde höchstens durch die extensive Interpretation der pontifices erweitert (z. B. actio de arboribus succisis, interdictum de glande legenda). Diese Klageformulare gerieten offensichtlich in den dritten Teil der Tripertita von Sextus Aelius. Aber auch der praetor urbanus konnte in der Rechtserzeugung nicht müßig bleiben, als der praetor peregrinus aufgrund seines eigenen Imperiums durch die Ausbildung eines neuen Klageformularsystems eine neue — mit dem im Zwölftafelgesetz publizierten Normen und Klageformularen der legis actiones nicht verbundene — Prozeßordnung ausgestaltet hatte. Der praetor ur-

urbanus hat das Zivilrecht mit der Ausbildung seiner außergerichtlichen Rechts-  
hilfe (wie z. B. die Ausbildung des Systems der Besitzinterdicta an der 3.  
Jahrhundertwende) auch weitergebildet, ebenso wie der praetor peregrinus  
begann, ein neues prätorisches Recht auszuformen. In dieser Rechtserzeugungs-  
tätigkeit, die sich später, noch vor der lex Aebutia, auch auf die Klageformeln  
ausdehnte, — da die Prätores keine Berufsjuristen waren — sollte die juristi-  
sche Tätigkeit unbedingt eine Rolle spielen. Auf der Seite der Prätores, ebenso  
wie bei anderen Magistraten mit iurisdictio (curulis aedilis, Provinzialstatthal-  
ter) dort stand das aus iurisconsulti bestehende consilium, das dem praetor bei  
der Verfertigung der Formel Ratschläge gegeben hat. Die Tätigkeit dieses con-  
siliium beim praetor urbanus wurde seit dem im 2. Jh. geschehenen Inkraft-  
treten der lex Aebutia bedeutend (obwohl es offenbar ist, daß die Formulare  
des praetor peregrinus vom praetor urbanus schon früher angewendet wur-  
den). Die gesetzliche Vorschrift der Erschaffung schriftlicher Klageformeln  
machte die Rolle des consilium von entscheidender Bedeutung.<sup>36</sup> Der Prätor  
erhielt den Entwurf des Formeltextes offenbar vom consilium, den einzelnen  
Mitgliedern dessen oder eventuell von außer des consilium stehenden Juristen  
und wenn dessen Text dem Beklagten nicht entsprach, so konnten sie den Text  
der Formel — gleichfalls aufgrund des Entwurfes des Juristen — mit der In-  
sertion des Formulartextes einer exceptio vervollkommen. Die Bedeutung der  
juristischen Tätigkeit wurde auch damit erhöht, daß während die pontifices —  
obwohl sie letzten Endes schriftlich niedergelegte und in ihrem Archiv gehütete  
Formulare verfaßten — im Prozeß mündliche Formulare benützten, während im  
prätorischen Prozeß die Rechtsregel die schriftliche Formel vorschrieb.

Über das beim praetor funktionierende consilium spricht Cicero in den  
Folgenden:

„privata enim iudicia maximarum quidem rerum in iuris consultorum  
mihi videntur esse prudentia, nam et adsunt multum et adhibentur in  
consilia“ (Top. 65).

Er erwähnt gleichfalls das ständige consilium des praetor auch in einer  
anderen Stelle (Pro Flacco 77). Wiederholt in einem anderen Werk spricht er  
darüber, daß L. Crassus rhetor — den Cicero übrigens als „iurisconsultorum  
disertissimus“ qualifiziert (D. 1. 2. 2. 40) — in der Erschaffung des Textes einer  
exceptio-Formel dem praetor urbanus, Q. Pompeius, vor dessen Tribunal Hilfe  
leistete und daß ein solches consilium auch bei den Provinzialstatthaltern  
funktionierte.

Die Juristen des consilium praetoris haben offenbar — aufgrund der star-  
ken lex Aquilia des 2. Jahrhunderts — die utilis actio-Formeln verfaßt, die  
ermöglichten, daß nicht nur das „damnum corpore corpori datum“ in die Rah-  
men des neben dem Gesetz ausgestalteten Gewohnheitsrechts fällt, sondern  
auch anderlei Vermögensbeschädigung. Und daß dies schon im Zeitalter der  
Republik erfolgte, ist von Pomponius wahrscheinlich gemacht, der über eine  
solche Anwendung der lex Aquilia in Verbindung mit der Erwähnung des Q.  
Mucius Scaevola spricht (D. 9. 2. 39). Es ist sehr wahrscheinlich, daß aus den  
über die iniuria sprechenden, auf die Körperverletzung bezüglichen primitiven  
Verfügungen der Zwölf Tafeln den Text der Klageformel der dem Persön-

<sup>36</sup> A. Berger, PW Suppl. 7. 379. — M. Wlassak: Prozeßformel, a. a. O. I, S. 6 ff.  
— L. Wenger: Praetor und Formel. Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der  
Wissenschaften. Phil.—hist. Klasse. 1926. 19. S. 101 ff. — H. Lévy-Bruhl: „Prudent  
et préteur“. RH 5 (1926), S. 5 ff. — Schulz a. a. O. S. 59.

lichkeitsschutz dienenden *actio iniuriarum aestimatoria* das prätorische *consilium* vom Ende der Republik erschafft.<sup>37</sup> Es mögen schon die Formeln der aus der Prozeßordnung des *praetor peregrinus* übernommenen Konsensualkontrakten, die in der Prozeßordnung des *praetor urbanus* zivilrechtliche Kraft erhielten, gleichfalls aus dem *consilium* der Rechtsgelehrten hergekommen sein. Die Formel-Klausel „*quidquid dare facere oportet ex fide bona*“ geriet in die Formeln der *bonae fidei actiones* gleichfalls aus dem Entwurf der oft namenlosen Juristen des *consilium*.

Es ist aber nicht wahrscheinlich, daß alle diese Klageformeln durch die „kollektive Weisheit“ des *consilium* ausgestaltet, und ihre Entwürfe dadurch hergestellt wurden. Es scheint darauf hinzuweisen, daß die Benennung einiger Formeln auf den Namen des den Entwurf verfertigenden *iurisconsultus* verweist, was eine individuelle Arbeit zu unterstreichen scheint. Schulz hat recht darin, daß wir keine bestimmte Beweise darauf haben, daß der Entwurf der Formel von außer des *consilium* stehenden Juristen verfaßt wurde.<sup>38</sup> Wir sind aber der Meinung, daß wir gewissen Anhaltspunkt für eine solche Annahme dennoch haben. Es handelt sich in konkretem Sinn um die „*formula de dolo malo*“. Cicero erzählt, daß ein Canius genannter Ritter von einem Pythius genannten Bankier darauf bewogen wurde, seine Villa am Meere zu kaufen. (Der Ritter als ein Gast des Landhauses sah, daß die Sklaven des Bankiers Netze voller Fische aus dem Meer ziehen und dachte, daß diese günstigen Fischereimöglichkeiten als der Eigentümer der Villa in der Zukunft er ausnützen könne. Erst nach der Abwicklung des Kaufs ist er daraufgekommen, daß es niemals diese Küstenfischerei gab, daß der Bankier Netze voller Fische im Meer verborgen hatte und diese in der Anwesenheit des Ritters ausziehen ließ). Dann stellt er fest,

„Sed quid faceret (sc. Canius)? Nondum enim Aquilius, collega et familiaris meus protulerat de dolo malo formulas: in quibus ipsis cum ex eo quaereretur. Quid esset dolus malus, respondebat, cum esset aliud simulatum aliud actum“ (De off. 3. 58—60).

Aquilius Gallus, der Freund von Cicero, war weder *praetor urbanus*, noch er bekleidete eine Magistratur mit *iurisdictio* diesen Charakters. Ausschließlich in 66. v. u. Z. war er Leiter der *quaestio de ambitu* (*praetor*).<sup>39</sup> Als *praetor urbanus* oder *peregrinus* konnte er selber kein Erzeuger der Formel *actio de dolo malo* sein. Er konnte wahrscheinlich auch kein Mitglied des prätorischen *consilium* sein, weil er — außer der obigen Funktion — alle öffentlichen Funktionen von sich wies, um sein Leben ausschließlich der Rechtswissenschaft zu weihen (Cic. Ad Att. 1. 1).<sup>40</sup> Daraus können wir darauf folgern, daß er, als ein keine öffentliche Funktion versehender römischer Rechtsgelehrter — sponte oder auf die Aufforderung irgendeines *praetor* — die erwähnte Formel erschuf.

Es tragen übrigens mehrere Formeln den Namen je eines römischen Bürgers. Aber dies war keine allgemeine Gewohnheit. Die *actio de dolo malo* auch trägt nicht den Namen „*actio Aquiliana*“. Das *iudicium Cascellianum* (Gai. 4. 166. a. 169) ist das Produkt des dies planenden Juristen Cascellius. Das hingegen, ob das *interdictum Salvianum* und die ebenfalls in der Ausgestaltung

<sup>37</sup> O. Lenel: Das *Edictum Perpetuum*<sup>3</sup>. Leipzig, 1927. S. 307.

<sup>38</sup> Schulz a. a. O. S. 63.

<sup>39</sup> Schulz a. a. O. S. 49.

<sup>40</sup> „*Aquillium non arbitramur, qui denegavit et iuravit morbum et illud suum regnum iudiciale opposuit*“.

er hypotheca eine entscheidende Rolle spielende actio Serviana ihre Namen von dem sie erlassenden praetor oder dem sie planenden Juristen erhielten, ist unsicher. Es gibt eine Annahme, daß die Formel der actio Publiciana vom praetor Publicius selber erschaffen wurde;<sup>41</sup> es ist aber möglich, daß die Benennung nur soviel bezeichnet, daß der Namengeber der Formel derjenige praetor war, der diese zuerst angenommen und in seinem Edikt proponiert hat, als die formula Octaviana (Cic. In Verr. act. II. 3. 152) oder die actio Rutiliana (Gai. 4. 35.)

6. Die zwei Zweige der „Formularjurisprudenz“, die von „cavere“ (Kautelarjurisprudenz) und „in iure cave“ d. h. der Klageformularjurisprudenz gebildet sind, machen im vorklassischen Zeitalter eine gewaltige Entwicklung durch. Während die Spruchformeln der pontifices, selbst wenn ihr Text in einem Archiv gehütet war, steif, gebunden und entwicklungsunfähig waren, hat die Kautelarjurisprudenz der iurisconsulti eine große Anzahl der Geschäftsformeln produziert, die imstande waren, die durch den sich rapid entwickelnden Warenaustausch gestellten Anforderungen zu befriedigen, selbst wenn sie oft ohne irgendein System, so wie das Leben je eine zu lösende Frage stellte, zustandekamen. Die Kaufformulare des M. Manilius mögen aber schon eine Formularsammlung gewesen sein, die das mutmaßlich auf alle Möglichkeiten eines Rechtsinstituts, des Kaufgeschäfts Sorge wendende Normniveau erreichte. Hauptsächlich wenn diese Sammlung nicht die Stipulationsformeln enthielt, was wir daraus voraussetzen können, daß auch der vor ihm tätige Cato maior die bezüglichlichen leges contractus nicht in das Prokrustesbett der Stipulationsklauseln eingestopft hatte. Der ihm folgende Aquilius Gallus hat ein Stipulationsformular erschaffen, das geeignet war, die einander gegenüber bestehenden Erfordernisse von zwei, gegeneinander in einer ständigen Verbindung stehenden Kaufleuten „einzurechnen“, und so gegen die Ausbildung der modernen kapitalistischen Bankgeschäfte gerichtet war. So könnte also die Kautelarjurisprudenz schon von M. Manilius ab den Namen „Kautelarrechtswissenschaft“ tragen.

Was die Klageformelerschaffung anbelangt, wurden die versteiften Formulare der legis actiones von den elastischsten schriftlichen Formelentwürfen abgelöst, um nur auf die den Willen als eine innere Erscheinung in Betracht ziehende actio quod metus causa, oder auf das Formular der aquilinischen actio de dolo malo, oder auf die Ausdrücke der bonae fidei actiones: „quidquid dare facere oportet ex fide bona“ hinzuweisen. Die durch den sich gewaltig entfaltenden Warenaustausch gestellten Anforderungen selber konnten durch diese elastischen Klageformulare, die alle die praktischen Meisterstücke des consilium praetoris oder der außerhalb dieses stehenden Rechtsgelehrten sind, selbst in ihrer Ungeregeltheit befriedigt werden. Im letzten Jahrhundert der Republik — als alle die oben erwähnten großartigen Klageformeln schon dem Wesen nach ausgestaltet waren — legt schon auch der Ausdruck „cavere in iure“ die dem Wesen nach Jurisprudenznomenklatur ab und kann in römischem Sinn Rechtswissenschaft genannt werden.

Die Formularjurisprudenz, deren einige Schöpfungen schon dem Wesen nach die Kriterien der Rechtswissenschaft aufweisen (z. B. die stipulatio Aquiliana oder die actio Publiciana), kann in Hinsicht ihrer beiden Unterarten, und zwar der Kautelarjurisprudenz und der Klageformularjurisprudenz, am Ende der Republik, d. h. mit der Abschließung des vorklassischen Zeitalters, in ihren Grundlagen schon als beschlossen angesehen werden. Was für eine An-

<sup>41</sup> Személyi a. a. O. II. S. 16.

forderung ein sich entwickelnder und entfaltender gewalttätiger Warenaustausch den rechtserzeugenden Faktoren von Rom gegenüber nur zu stellen vermochte, fand ihre Lösung in den Schöpfungen der Juristen im allgemeinen oder mit der Erschaffung der Geschäfts- oder Klageformulare. Daß es so war, wird damit bewiesen, daß aus der Zeit des Prinzipats kaum mehr Akts-, bzw. Geschäftsformulare stammen. Es handelt sich vielmehr darum, daß sie die Ergebnisse der *cavere*-Tätigkeit der Juristen der Republik verfeinern, die Grundkonzeption ausdehnen, wie dies mutmaßlich Ulpian mit der von Q. Mucius verfaßten *cautio Muciana* getan hat, die sich bei Mucius Scaevola noch nur auf die *legata* bezogen hatte, im klassischen Zeitalter er aber schon im allgemeinen auf die Erbschaft (D. 35. 1. 7. pr.).

Es schloß sich großenteils auch die in *iure cavere*-Tätigkeit, deren Niederschlag in den Edikten der Prätores, Kurulädilen und der Provinzialstatthalter zu bemerken ist. Der die Formelentwürfe des *consilium praetoris* oder der außenstehenden Juristen annehmende praetor hat nämlich die in der Praxis bewährten Klage- und außerprozessualen Rechtshilfeformeln dort publiziert, ständig korrigierend, verändernd das Produkt seiner Vorgänger, ja sogar während des Amtjahres selbst sein eigenes (*edictum repentinum*). Der labile Rechtsquellencharakter erhielt durch die *lex Cornelia de edicendo* (67 v. u. Z.) eine stabilere Grundlage, denn diese verband den praetor zu seinem eigenen Edikt. So in der Zeit von Cicero konnte das prätorische Edikt schon mit Recht *lex annua* genannt werden (In Verr. act. II. 1. 109). Die Juristen hatten schon, vom Beginn der Kaiserzeit ab, das Ediktmaterial nur zu verfeinern, die Formeln *utiliter* auszudehnen.<sup>42</sup> — Diese Tätigkeit ist natürlich unverändert kasuistischen Charakters.

## VI.

1. Das Wesen der *agere*-Tätigkeit im „archaischen Zeitalter“ (Schulz) stand im Grunde genommen darin, die geeignetste Klage- und andere Rechtshilfeformeln auszuwählen und darin, daß der *iurisconsultus* die Prozeßpartei vor dem Verfehlen des *Proxeßrituals* beschützt. Dies war die Lage auch zu Beginn des vorklassischen Zeitalters. Mit der Vergrößerung des hellenistischen Einflusses (2. Jh.) nimmt die rhetorische Tätigkeit zu und manchmal wird der *iuris consultus* selber oder der von ihm instruierte Rhetor der Anwalt der prozeßführenden Partei oder ihres Vertreters (*procurator*, *cognitor*) sein, sowohl in dem in *iure* als auch im *apud iudicem* Verfahren (*advocatus*).<sup>43</sup> Das Auftreten als Anwalt im in *iure* Verfahren kann den praetor z. B. dazu inspirieren, daß er — natürlich aufgrund einer Vorbesprechung mit seinem *consilium* — die Klageformel mit einer *exceptio* ergänzt. Das *apud iudicem agere* ist natürlich kleinerer Bedeutung vom Gesichtspunkt der Rechtserzeugung aus, es erteilte nur eine Aufklärung dem laischen Geschworenen oder probierte ihn zu überzeugen, bewegen, daß er die vom praetor gegebene For-

<sup>42</sup> F. Pringsheim (Höhe und Ende der römischen Jurisprudenz. Ges. Abh. I. Heidelberg, 1961. S. 54) scheint den obigen Feststellungen zu widersprechen, als er festlegt, daß der prätorische Edikt selbst nach Augustus „...lebendig (blieb)“. Er fühlt also nicht, daß das Ende der Republik in der ediktalen Rechtsbildung einen Wendepunkt bedeutet.

<sup>43</sup> Schulz a. a. O. S. 63 ff — K. Z. Mészáros: *Advocatus romanus*. Buenos Aires 1971.

mel im Laufe des Beweisverfahrens auf solche Art und Weise erwendet, die für seinen Klienten günstig ist.<sup>44</sup>

2. Es ist unzweifelhaft, daß das *agere*, als eine juristische Tätigkeit bei weitem nicht so wesentlich vom Gesichtspunkt der Rechtsentwicklung aus war, als das *cavere* (Formularjurisprudenz). Zieht man aber in Betracht die Interessen der prozeßführenden Partei, so war diese Tätigkeit des Juristen unentbehrlich. Zu entscheiden, ob im gegebenen Fall der aus dem Besitz gefallen Eigentümer probieren soll, den gewünschten Zweck mit *rei vindicatio* oder mit einer anderen Eigentumsklage oder einfach mit einem Besitzinterdikt zu erreichen, das für sie vorteilhaftere, mit einem kleineren Risiko, einer weniger Beweislast verbundenes Verfahren sei, erforderte ernste rechtliche Kenntnisse, ganz so zu schweigen von den in *personam actiones*, die oft nur mit schwimmenden Grenzen voneinander getrennt wurden.<sup>45</sup> Es bedeutete z. B. ein Problem, was für eine Klageformel dem vertragsbrechenden „Unternehmer“ gegenüber anzuwenden sei, wenn der „Unternehmer“ den Stoff, aus dem er das Arbeitsergebnis zu erzeugen versprach, selber gegeben hat und nicht unternahm, dieses aus dem von Besteller mitgebrachten Stoff herzustellen. Wenn er nämlich aus seinem eigenen Stoff eine neue Sache erzeugte, dann hatte er den *praetor* um *actio empti* zu bitten. Es handelt sich nämlich hier um eine *emptio rei futurae* und nicht um einen Werkvertrag. Wenn er hingegen das Arbeitsergebnis aus dem Stoff des Bestellers erschaffen hatte, so stand die *actio conducti* zur Verfügung des Bestellers (*locator*). Es handelt sich nämlich hier um einen Werkvertrag. Eine ähnliche schwimmende Grenze kann im Falle der zum Kampf vermieteten Gladiatoren beobachtet werden. Kam er lebendig aus dem Kampf, so handelte es sich um eine *locatio conductio* und für die Rückerstattung des Gladiators diente die *actio locati* dem Vermieter. Wenn aber dieser im Kampf gestorben war, qualifizierte sich der Vertrag als ein Kauf und der Vermieter-Verkäufer konnte als Verkäufer für seine Entschädigung mit *actio venditi* auftreten (Gai. 3. 146). Mit diesen Beispielen wollen wir natürlich nicht sagen, daß all diese Fragen schon im vorklassischen Zeitalter unbedingt gestellt wurden, sie machen aber wahrscheinlich die Wichtigkeit der Funktion, die vom Rhetor-Juristen, als dem Fürsprecher der einen Prozeßpartei, im *iure* Verfahren ausgeführt wurde.

3. Wie bedeutend die *agere*-Tätigkeit für die Rechtsentwicklung war, ist durch die *causa Curiana* gezeigt, die in 92 v. u. Z. vor dem Gerichtsmagistrat in der Frage aufgetaucht war, ob die Worte des Testaments oder der aus dem Inhalt des Testaments herauslesbare Wille des Erblassers als entscheidend zu qualifizieren seien. Im Streit standen zwei Fürsprecher gegeneinander und zwar der ausschließlich Jurist aber auch mit der hellenistischen Rhetorik vertrauter Q. Mucius Scaevola und der berühmte Rhetor, L. Licinius Crassus, den selbst Pomponius (nach Cicero) „*iurisconsultorum disertissimus*“ genannt hat (D. 1. 2. 2. 40) und die auch Cicero so charakterisierte, daß „*eloquentium iurisperitissimus Crassus, iurisperitorum eloquentissimus Scaevola putaretur*“ (Brut. 145). — Der Rechtsfall war, daß der Erblasser testamenta-

<sup>44</sup> *Wlassak* (Prozeßformel. 1. S. 64) denkt, daß die *agere*-Tätigkeit auf das in *iure* Verfahren geschränkt war. Darin ist er recht in dem Sinne, daß hier ihre mindestens mittelbare Bedeutung für die Rechtsbildung ist. Aber es ist unseres Erachtens undenkbar, daß der *advocatus* als Fürsprecher im Interesse seines Klienten *apud iudicem* nicht hätte plädieren können. *Schulz* (a. a. O. S. 64) steht in dieser Hinsicht gegenüber der Ansicht von *Wlassak*.

<sup>45</sup> *Jörs* a. a. O. S. 223.

risch so verfügte: würde ihm ein Sohn geboren, der noch vor dem Erleben der Pubertätszeit stürbe, so „sei Curius sein Erbe“. Dem Genannten war kein Sohn geboren. Nach Scaevola habe Curius im buchstäblichen Sinne des Wortes nicht Recht auf die Erbschaft (*ex scripto testamentorum iura defendere*) und so soll die Erbschaft dem gesetzlichen Erben zufallen (*Cic. De orat.* 1. 180 ff). Crassus hat hingegen das Gewicht auf den Willen des Testators gelegt (*Cic. De orat.* 1. 140. — 242., usw.):

„Existere autem controversias etiam ex scripti interpretatione, in qua aut ambigue quid sit scriptum, aut contrarie, aut ita, ut a sententia scriptum dissideat“ (*De orat.* 1. 140).

Scaevola, der an den uralten Formen des *ius civile* festhaltende Jurist, weist in seinem Formkonservativismus darauf hin, daß es „für das Volk“ täuschend wäre, wenn wir das Recht — den geschriebenen Text vernachlässigend — nach der Gerechtigkeit nach unserem eigenen Ermessen suchten und die von einfachen Leuten geschriebenen Texte mit den von eloquenten Leuten gegebenen Erklärungen (als es Crassus tut) unrichtig übermittelten (*Cic. Brut.* 196). Crassus hebt hingegen hervor, daß es nicht zweckmäßig sei, wenn man auf Worten und nicht auf dem Wesen beharrt (*si verba non rem sequemur*) und diese Ansicht wird auch von Cicero angenommen. Die *causa Curiana* bestätigt also die in Ciceros Zeitalter gespielte große Rolle der *agere*-Tätigkeit, der eine entscheidende Bedeutung eben durch die hellenistische Philosophie gesichert wurde, in Anbetracht dessen, daß im Streit eben eine Feststellung Platons sich spiegelt, wonach: „Man soll lernen und forschen nicht aufgrund der Namen, der Worte, sondern vielmehr aufgrund des Wesens.“<sup>46</sup>

Wir sollen jedenfalls außerdem auch die *agere*-Tätigkeit von Cicero selber nicht vergessen, die u. a. durch seine erste über ein privatrechtliche Problem gehaltene Rede, die *Oratio pro Quintio* bestätigt wird, wo er den Begriff des „*latitans*“, d. h. der sich vor dem gerichtlichen Verfahren unredlich verbergenden Person auseinandersetzt (19. 60).<sup>47</sup>

4. Die *agere*-Tätigkeit war also im Zeitalter des alten Rechts eine ausschließlich rechtstechnische Tätigkeit (die Auswahl der entsprechenden Klageformulare für die das Recht nicht kennende Partei von einigen *legis actionum* Formularen), während im vorklassischen Zeitalter schon selbst die entsprechende Auswahl der Klageformel eine bedeutende Juristentätigkeit ist, mit Rücksicht auf die durch das prätorische Recht ausgebildeten zahlreichen Klageformeln, unter denen es oft nur schwimmende Grenzen gibt. Eine besondere Bedeutung wird dieser Tätigkeit durch die Eindringung der hellenistischen Philosophie in das römische Denken gegeben, die diese Tätigkeit mit der oratorischen, fürsprecherischen Tätigkeit erweitert, in der nicht nur Redeb Blüten ertönen, sondern auch solche bedeutenden Fragen, was bevorzugt zu sein, das „*verbum*“ oder die „*voluntas*“ (*sententia*), oder wie ein Begriff zu definieren sei.<sup>48</sup>

<sup>46</sup> I. B. Novitzki—I. S. Peretjerski: *Római magánjog* (Römisches tchastnoje pravo = Römisches Privatrecht). Budapest, 1950 (Ung. Übersetzung.), S. 222. — Literatur zu *causa Curiana* vgl. Kaser: *RPR* I.<sup>2</sup> S. 236. 690.

<sup>47</sup> In Hinsicht desselben Begriffes vgl. bei Gaius (3. 78): „*qui fraudationis causa latitant*“ und bei Ulpian (*D.* 42. 4. 7. 1): „*qui fraudationis causa latitabit*“.

<sup>48</sup> Über die Rednertätigkeit solcher Richtung der *rhetoires* und der *iuris consulti* vgl. Schulz a. a. O. S. 65—66.



## VII.

1. Die *cavere-iurisprudentia* erreicht ihre Blüte im vorklassischen Zeitalter, danach geschieht nurmehr höchstens die Schleifung, eventuell Ergänzung der entsprechenden Formulare oder die Hervorhebung des darin enthaltenen normativen Kerns, wie dies durch die Zunahme der Klageformeln des prätorischen Edikts und die von *Lenel* sehr anschaulich rekonstruierte Trennung des normativen Teils derer vom Formular gezeigt wird.<sup>49</sup> Neuere Formulare entstanden zwar selbst zu Beginn des Prinzipats, diese juristische Tätigkeit ist aber bei weitem nicht so lebendig, wie in der jetzt behandelten Periode. Die *agere*-Jurisprudenz verliert auch vieles von ihrer Bedeutung zu Beginn des Prinzipats, da sie ihre Blüte in inhaltlichen Fragen im Geist der hellenistischen Rhetorik durch die Tätigkeit der beim Gericht wirkenden *oratores* erreicht, aber — wie *Schulz* sagt: „Die hellenistische Periode endet mit der Aufrichtung des Prinzipats des Augustus. Diese bedeutet das Ende des Hellenismus überhaupt.“<sup>50</sup>

Gleichzeitig beginnt die im engeren Sinn genommene *Respondiertätigkeit* (im weiteren Sinne gehören nämlich hier auch das *cavere* und *agere*) sich eben im vorklassischen Periode zu entfalten. Für das juristische Denken wird früher oder später veraltet sein in den Formularen der Klagen der juristischen Akte, bezw. Verträge zu denken. Diese Formulare existieren zwar weiter, in ihrer Ungeregeltheit und in ihren Formalismus legen sie aber ein Hindernis in den Weg der freien juristischen Geistestätigkeit. Die Auslegung der Geschäfts- und Klageformulare, ihre in neueren Verhältnissen stattfindende Anwendung, ihre utiliter geschehende Ausdehnung (bei den Klageformularen), Schleifung, ja sogar Systematisierung wird immer notwendiger.

Die sich im vorklassischen Zeitalter entfaltende, im engeren Sinn genommene freie *Respondiertätigkeit*, die nicht mehr nur eine *iurisprudentia* in *Jörs'* und *Wieackers* Auslegung<sup>51</sup> ist, sondern ihnen nach auch eine Rechtswissenschaft, setzt sich unseres Erachtens dem Wesen nach aus vier Teilen zusammen:

- A) aus der Regularjurisprudenz, die nur noch teilweise eine Rechtswissenschaft bedeutet, ebenso wie
- B) die Definitionsjurisprudenz. Die weiteren Teile waren:
- C) die dialektische Rechtswissenschaft und
- D) die philosophische Rechtswissenschaft.

### A)

1. Das Sein und Wesen der sog. Regularjurisprudenz ist seit einer längeren Zeit vielumstritten. *Sabinus* definiert den Begriff der *regula* wie folgt: „*Regula est, quae rem quae est breviter enarrat ... per regulam igitur brevis rerum narratio traditur*“ (D. 50. 17. 1).

Die *regula* erzählt etwas (einen Fall) kurz, ist also nichts anderes, als eine kurze Darlegung der Fälle (Sachen). Gleichzeitig sieht man bei *Cicero* etwas Ähnliches. Er spricht aber nicht über *regula*, sondern *definitio*:

<sup>49</sup> *Lenel*: Das Ed. Perp.

<sup>50</sup> *Schulz* a. a. O. S. 45. — Aber die hellenistische Wirkung geht der Rechtswissenschaft gleichwohl nicht spurlos vorüber.

<sup>51</sup> *Jörs* a. a. O. S. 6 und *Wieacker*: Der röm. Jurist. S. 141.

„Est enim definitio earum rerum, quae sunt eius rei propriae, quam definire volumus, brevis et circumscripta quaedam explicatio“ (De orat. 1. 189).

Die Definitio ist die kurze Umschreibung, Erklärung eines Dinges (Begriffs), das (den) wir definieren wollen.<sup>52</sup>

So ist die Frage vor allem, was die regula sei, andererseits ob sie regula mit der definitio identisch sei.

2. Die „Regularjurisprudenz“ als ein Fachausdruck stammt von Jörs,<sup>53</sup> der in seinem Werk großer Bedeutung darauf hingewiesen hat, daß diese vom Cato dem Sohn stammende Regel ein neues Zeitalter in der Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, in der ersten Hälfte des 2. Jahrhunderts v. u. Z. geöffnet hatte. Catos Sohn (192—152), der seinem an den uralten römischen Traditionen festhaltenden Vater gegenüber unter die Wirkung des hellenistischen Einflusses geriet, hat der römischen iurisprudentia mit der Verfassung einer kurzen Regel teilweise ein neues Profil gegeben. Krüger<sup>54</sup> weiß nichts von diesem Begriff und spricht über die regulae als für den rechtlichen Unterricht erschaffene kurze Lehrsätze erst vom klassischen Zeitalter ab, identifizierend diesen Begriff aufgrund der klassischen Quellen mit der definitio. Wenger spricht<sup>55</sup> wiederholt über die Regularjurisprudenz (Jörs), worüber er die Folgenden sagt: „Die Regularjurisprudenz ist schon theoretische Behandlung des Rechts“, und zugleich bemerkt er auch, daß viele solche regulae, die Justinian im letzten titulus der Digesten publiziert, auf die iurisprudentia der Republik zurückzuführen seien. Außerdem hebt er heraus, daß die regulae sich als für die rechtsstudierende Jugend im Zeitalter des Prinzipats willkommene Lehrsätze erwiesen. Der Standpunkt von Schulz<sup>56</sup> ist, daß im Zeitalter der Republik den Ausdrücken der griechischen Dialektik „horoi“ oder „kanones“ die lateinischen „definitiones“ oder „regulae“ entsprechen. Die Worte regula und definitio seien Synonyma und das Einführen der Dialektik in die Jurisprudenz im Zeitalter der Republik führte zur Aufstellung mehrerer regulae iuris. Die Klassiker entlehnten aus diesem Stoff ziemlich vieles, haben aber die republikanische regula von ihrer eigenen Formulierung nicht getrennt, ja sogar haben sie viele Prinzipien zuerst im nachklassischen Zeitalter endgültig konzipiert. Die regula sei aber mit dem Wort „Prinzip“ nicht zu identifizieren, weil dies in diesem Fall zum Begriff der kurzen Schulregeln führen würde. Der Ausdruck „Regularjurisprudenz“ sei im allgemeinen abzulehnen, grundlegend denn die regula und definitio identische Begriffe seien. Kaser<sup>57</sup> Meinung nach war im Zeitalter der Republik eine sog. Regularjurisprudenz, deren Wurzeln weit zurückreichen, bis zu den mit einem allgemeinen Charakter formulierten Regeln der Leges regiae und des Zwölftafelgesetzes. „Ähnliche kurzgefaßte und der Praxis dienende Regeln hat auch die Jurisprudenz des 2. Jahrhunderts hervorgebracht“, wie es im Falle der ältesten datierbaren regula, der regula Catoniana zu sehen ist. Seiner Meinung nach ha-

<sup>52</sup> Beide Definitionen (namentlich die der regula und die der definitio) sind Schulz nach teils bis zu Aristoteles (Top. 7. 5. 154, a 31 und Anal. post. II., 7. 92. b 26) zurückzuführen (a. a. O. S. 80, Note 2).

<sup>53</sup> Jörs a. a. O. S. 289 ff.

<sup>54</sup> Krüger a. a. O. S. 141.

<sup>55</sup> Wenger a. a. O. S. 487.

<sup>56</sup> Schulz a. a. O. S. 79—80.

<sup>57</sup> Kaser: Rechtsgesch. S. 164 und Zur Methode der römischen Rechtsfindung. Nachricht. Ak. Göttingen, 1962. S. 49 ff. und S. 60 ff.

ben unsere Juristen methodisch zweifache Regeln erschaffen: einerseits Rechtssätze speziellen Inhalts, in denen das Wesen einer Reihe der individueller Entscheidungen formuliert wurde. Diese bedeuteten aber keine verbindlichen Normen, sondern vielmehr das Ziehen der Erfahrungen. Zur selben Zeit haben sie aber Normen in einer bestimmteren Form verfaßt, die sie *regulae* nannten (als z. B. die *regula Catoniana*). *Steins*<sup>58</sup> Auffassung nach bestehe jene ziemlich *communis opinio* nicht, wonach die im republikanischen Zeitalter ausgestaltete Regularjurisprudenz von den stark kasuistischen Klassikern aufgegeben wurde und nur die Juristen des nachklassischen Zeitalters ein gewisses Interesse im Rahmen der Lehrsätze für die abstrakten Regeln zeigen. Die Klassiker sprechen nämlich nicht über „*regulae veterum*“. *Neratius Priscus* sei der erste, dessen Werk „*Regulariorum biblia dekapente*“ (*Index Florentinus VIII. 1*) in der Literatur diesen Namen hat. Was wir übrigens im allgemeinen *regulae veterum* nennen (wie z. B. die *regula Catoniana* oder das „*nemo sibi ipse*.“ etc.), tritt bei den Klassikern eher unter den Namen *definitio*, *constitutio* oder *traditio* auf. *Stein* nach sei die *regula* ein aus dem griechischen „*kanon*“ ins Latein umgesetzter Begriff, der in der Ethik, Dialektik, Rhetorik, Grammatik eine Richtschnur bedeute und so in die Rechtswissenschaft geriet. Seiner Meinung nach hatte das Wort zuerst *L. Crassicius Pasikles*, der Zeitgenosse von *Varro* in der lateinischen Grammatik in Verbindung mit der Analogie benutzt, dann *Labeo* als *grammaticus* wendete es auf die *definitiones veterum*, so wahrscheinlich auf die *regula Catoniana*.<sup>59</sup> Übrigens werden die *regulae* von *Neratius Priscus* mit den Definitionen identifiziert.<sup>60</sup> Er findet den zwischen den *regulae veterum*, den klassischen *regulae* und *regula*-Sammlungen befindlichen Zusammenhang darin, daß wir hier nicht auf individueller Autorität (*autoritas*) beruhenden Normen gegenüberstehen, sondern die objektive Autorität der Regel die Grundlage sei, wie auch *Gaius'* *regulae* die objektiviert Ansicht des *Julian*, des Oberhauptes der *Sabinianer* ausdrücke.<sup>61</sup> *Wieacker*<sup>62</sup> teilt die obigen Ansichten von *Stein* im allgemeinen; er hat aber seine Bedenken in der Beziehung, ob die *regulae* und *definitiones* in einem identischen Begriff zusammengefaßt werden können. Er stellt weiterhin fest, daß die sog. *regulae* im Denken der Juristen keine bestimmte Stelle ständigen Charakters hatten, weil sie sich periodisch änderte. Und er ist mit *Stein* auch darin nicht einverstanden, daß die Eindringung der aristotelischen Philosophie in das römische Leben eine solche „wissenschaftliche Revolution“ herbeigeführt hätte, die zur Ausgestaltung der *regulae* führte. *Martini*<sup>63</sup> — sich mit anderen Ansichten entgegensetzend — betont in seinem über das Wesen der *definitio* geschriebenen späteren Werk, daß das Wort „*definire*“ allein benützt nicht bedeute, daß es hier um eine „*formulazione di un principio generale*“ handelte. Es wird viel mehr über eine Regelerzeugung gesprochen, wenn in den Quellen nicht einfach das Wort „*definire*“ benützt (*Labeo*, D. 36. 2. 22. 1, oder *Cassius* D. 44. 7. 35), sondern wenn der Ausdruck „*generaliter definire*“ (*Scaevola* D. 13. 4. 2. 5) oder

<sup>58</sup> *P. Stein* *Regulae Iuris. From Juristic Rules to Legal Maxime*. Edinburgh. 1966, S. 49 ff.

<sup>59</sup> *Stein* a. a. O. S. 65.

<sup>60</sup> *Stein* a. a. O. S. 79.

<sup>61</sup> *Stein* a. a. O. S. 92. 98.

<sup>62</sup> *Wieacker*: Rezension zu *Steins* Werk: *Regulae Iuris*. SZ 84 (1967), S. 439., 441—442.

<sup>63</sup> *R. Martini*: *Le definizioni dei giuristi romani*. Milano, 1956., S. 70—89.

„regulariter definire“ (Julian D. 7. 1. 25. 5) angewendet wird. *Hausmaninger*<sup>64</sup> hält Martinis Argumentierung nicht für überzeugend genug,weisend darauf hin, daß dieser der Wortgebrauch der regula Catoniana gerade widerspreche, wo die regula das Synonym der definitio ist. Als *Martini* hier die zwei Worte als zwei Begriffe zu trennen wünscht, trenne er voneinander den Inhalt der Regel und ihre mündliche Form. Er hält den Unterschied zwischen definire und regulariter oder generaliter definire nicht für entscheidend. In der neuesten Literatur haben sich *Nörr* und *Schmidlin* mit der Frage des Wesens der regulae beschäftigt. *Nörr*<sup>65</sup> unterscheidet drei Arten der regulae und zwar die Richtschnur (Standard) im ursprünglichen Sinn des Wortes, die Rechtsnorm, sowie die Spruchregel. *Schmidlin*<sup>66</sup> qualifiziert diese Kategorisierung als willkürlich und ist der Meinung, daß die regulae zwei Arten hatten und zwar die sog. kasuistischen Regeln, die dem Wesen nach nichts anderes waren als rationes decidendi, die sich vom Grundfall nicht losgetrennt haben und nur eine Generalisierung gewissen Grades bedeuteten, während die normative regula war, „ex qua ius sumatur“. Er sieht so, daß das Wesen der dreier Kategorisierung von *Nörr* im Maße der Unverbrüchlichkeit der Regel wurzele. Zwischen die regula und die definitio wünscht er ein Gleichheitszeichen zu legen. Er zeigt darauf hin, daß die normative Regel vorschreibe, was das Recht sei, während die kasuistische Regel aus fallweisen Entscheidungen herkomme und darüber informiere, welche Rechtsfolgen unter gewissen Umständen eintreten können. Ihnen gegenüber gebe die definierende Regel auf die Frage des „quid est“ eine Antwort.<sup>67</sup> In der Frage, ob die regula und die definitio identische Begriffe seien, stellt sich auch *Nörr*<sup>68</sup> auf den Standpunkt, daß: „Die Vermengung von regula und definitio ist auch den Juristen nicht eigentümlich, sondern sie entspricht einer in der Antike offensichtlich weitverbreiteten Ausdrucksweise“.

3. Die sich mit dem Bestehen, dem Wesen der sog. Regularjurisprudenz, bzw. mit der Identität oder Non-Identität der regula und definitio beschäftigenden Ansichten sind dem Wesen nach in drei Gruppen einzuteilen:

a) Eine der Ansichten schreibt den regulae einen uralten römischen Ursprung zu. Anerkennend das Bestehen der Regularjurisprudenz, wünscht sie die Begriffe der regula und der definitio nicht identifizieren (*Jörs*, *Wenger*, *Kaser*, sowie *Wieacker*);

b) die zweite Auffassung spricht zwar nicht ausdrücklich über Regularjurisprudenz, leugnet aber deren Bestehen nicht. Sie identifiziert nicht den Begriff der definitio mit dem der regula und strebt außerdem dahin, die regulae zu kategorisieren (*Kaser*, *Nörr*, *Schmidlin*, *Martini*), und schließlich;

c) existierte die Regularjurisprudenz — der dritten Anschauung nach — überhaupt nicht, denn die durch die Eindringung der hellenistischen Dialektik

<sup>64</sup> *H. Hausmaninger*: Rezension zu Martinis Werk: *Le definizioni*. SZ 84 (1967) S. 443 ff.

<sup>65</sup> *D. Nörr*: Spruchregel und Generalisierung. SZ 89 (1972), S. 38 ff.

<sup>66</sup> *B. Schmidlin*: Regula iuris: Standard, Norm oder Spruchregel? Zum hermeneutischen Problem des Regelverständnisses. Fschft f. M. Kaser, München, 1976. S. 107—108.

<sup>67</sup> *B. Schmidlin*: Die römischen Rechtsregeln. (Versuch einer Typologie). Forschung zum römischen Recht. 29 (1970), S. 165. — und Horoi, pithana und regulae — Zum Einfluß der Rhetorik und Dialektik auf die juristische Regelbildung. ANRW II. 15. S. 101 ff.

<sup>68</sup> *Nörr*: Spruchregel, S. 82.

in das römische Leben herbeigeführte „wissenschaftliche Revolution“ führte in die Rechtswissenschaft die Kategorie der definitio ein, die dem Wesen nach mit der regula identisch ist. So existiere die regula als ein selbständiger Begriff eigentlich nicht (*Krüger, Schulz, Stein, Hausmaninger*).

Alle drei Ansichten enthalten viele Wahrheit und geben uns zu denken. Wir denken aber, daß die erwähnten Verfasser das Gewicht hauptsächlich auf die klassische Wissenschaft legen, die juristischen Produkte des vorklassischen Zeitalters — teilweise verständlich — in den Hintergrund drängen und ihre Ansichten manchmal überzeitlich sind. Die geschichtliche Anschauung kommt am stärksten bei *Kaser* und *Wieacker* zum Ausdruck. Danach untersuchen auch wir die Frage, ob eine gewisse Respondiertätigkeit, die mit der Benennung Regularjurisprudenz bezeichnet werden kann, in der vorklassischen Zeitalter schon existierte, was ihr Wesen war, wenn sie überhaupt bestand, und ob die regula mit dem Begriff der definitio zu identifizieren sei.

4. Unser Ausgangspunkt ist *Kasers* Ansicht, wonach die Wurzeln der Regularjurisprudenz in der uralten römischen Rechtserzeugung zu suchen seien. Die *Leges regiae* und nicht minder das Zwölftafelngesetz enthielten nämlich solche Regeln, die die Abstraktion in bedeutenden Maße durchsetzten. Mit den *Leges regiae* — wie darauf in der Einleitung schon hingewiesen — wünschen wir uns hier nicht zu beschäftigen. Im Zwölftafelngesetz gibt es aber zweifellos gewisse abstrakte Sätze, die nicht ausschließlich ein Lebensverhältnis regeln (wie z. B. die auf die Erbfolgeordnung des Zwölftafelngesetzes bezüglichen Artikel), sondern einige prinzipielle Erklärungen enthalten.<sup>69</sup> Es kann auch nicht geleugnet werden, daß die die XII Tafeln erschaffenden decemviri bei der Formulierung dieser prinzipiellen Sätze die Hilfe der Juristen des Zeitalters, der pontifices in Anspruch nahmen, bzw. diese Sätze wahrscheinlich von den pontifices selber verfaßt wurden. Es gab also ein Vorbild für die vorklassischen Juristen in Hinsicht der Konstruierung prinzipieller kurzer Regeln. Diese prinzipiellen kurzen Regeln waren aber die Teile des Zwölftafelngesetzes, worüber Livius (3. 34) selbst zu Beginn des Prinzipats feststellt, daß es „*fons omnis publici privatique est iuris*“. Die Autorität dieses Gesetzes bestand also, dem Formkonservativismus der Römer zufolge, selbst zu Beginn des Prinzipats, so konnten sie die Juristen des vorklassischen Zeitalters unmittelbar kaum inspirieren, die prinzipiellen kurzen Gesetzesartikel in ihren eigenen respondierenden Tätigkeit nachzuahmen. Die erste solche Regel — wie allgemein bekannt — ist auf die respondierende Tätigkeit des in der Mitte des 2. Jahrhunderts v. u. Z. gestorbenen jüngeren Cato (gestorben 152) zurückzuführen. Die Regel im Sabinus-Kommentar des Paulus lautet folgendermaßen:

„*Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*“  
(D. 50. 17. 29),

d. h., was zu Beginn fehlerhaft war, wird mit dem Zeitverlauf nicht

<sup>69</sup> „*Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*“ (Tab. V. 3.) — „*Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita ius esto*“ (Tab. VI. 1.). In einer dieser zwei Regeln kommt das Prinzip der Respektierung der Verfügung im letzten Willen, in der anderen das der Unverbrücktheit des ertönten Wortes zum Ausdruck und beide Regeln sind anderer Natur als die gesetzliche Erbfolgeordnung regelnden Normen (Tab. V. 3.), oder das Verbot der Ausbrechung des eingebauten Stoffes aus dem Gebäude (Tab. VI. 7.), eventuell, im Falle der iniuria oder des furtum, die Zumessung der entsprechenden Strafsanktion (Tab. VIII. 2. 4. 12), oder die Sanktion bezüglich auf den seine Pflicht dem Klienten gegenüber verletzenden patronus (Tab. VIII. 21.).

zu gültig. Daß dieser Satz mehrere Jahrhunderte früher entstand, wird einerseits damit gezeigt, daß er von Paulus' Sabinus-Kommentar aus herrührt und nicht interpoliert ist, andererseits damit, daß es von Tribonian unter dem titulus „De diversis regulis iuris antiqui“ eingefügt wurde. Formell verweist dieser Satz nicht auf die regula Catoniana diese Benennung kommt bei Paulus gar nicht vor. Inhaltlich kommt er aber unbedingt im Buch 35 der Digesten von Celsus vor, in dem durch die Kompilatoren des Justinian im titulus „De regula Catoniana“ eingelegten Fragment wonach:

„Catoniana regula sic definit, quod si testamenti facti tempore decidisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit, non valere“ (D. 34. 7. 1. pr),

d. h. der regula Catoniana nach, sollen die Gültigkeitsbedingungen des legatum schon bei der Erschaffung des Testaments gegeben sein, ohne diese ist nämlich das legatum nicht gültig und wird auch später nicht gültig sein, selbst wenn diese Bedingungen in der Zeit des Todes des Erblasser schon bestehen. Die regula Catoniana wünscht also einen mit dem legatum verbundenen Typusfall prinzipiell regeln, nämlich so daß eine in der Zeit der Erschaffung des Testaments fehlerhafte Vermächtniserrichtung auch später nicht gültig wird. Aus diesem responsum zieht vielleicht erst Sabinus, dann Paulus das Prinzip, daß was am Anfang fehlerhaft war, selbst durch den Zeitverlauf nicht geheilt werden kann.

Es werden eben solche, auf typisierte Fälle bezüglichen responsa mit dem Namen des Q. Mucius Scaevolt verknüpft:

„Nec paciscendo nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest“ (D. 50. 17. 73. 4).

Dieselbe Regel ist — schon wöllig abstrahiert — bei Ulpian die Folgende: „Alteri stipulari nemo potest“ (D. 45. 1. 38. 17).

Die Erscheinung ist identisch damit, was im Falle der (Cato nach) bei Celsus befindlichen Formulierung abstrakten Charakters der regula Catoniana gesehen werden konnte.

Wir kennen die durch Q. Mucius Scaevola auf kasuistische Weise aber prinzipiell verfaßte Regel, die als original anzusehen ist, aber bei Pomponius finden wir schon eine völlige Abstraktion in den zum Q. Mucius geschriebenen libri 8 und 28:

„Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire“ (D. 50. 17. 203),

und

„Minus est actionem habere quam rem“ (D. 50. 17. 204).

Anderswo finden wir wiederholt das responsum des Q. Mucius Scaevola in dieser Form:

„Non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat“ (D. 50. 17. 2. 30),

wo es über das Verhältnis der Beteiligung an den Lasten der Gefährten (socii) spricht oder die mit der agnatorum tutela des alten Rechts verbundene Regel festsetzt, auf die folgende Weise:

„Quo tutela redivit, eo et hereditas pervenit, nisi cum feminae heredes intercedunt“ (D. 50. 17. 73. pr),

Anderswo spricht er wiederholt über die Ungültigkeit des Testaments in den Folgenden:

„Quae in testamento ita sunt scripta, ut intellegi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent“ (D. 50. 17. 73. 3).

Es sind aber solche prinzipiellen kasuistischen responsa auch mit dem Namen von Servius verbunden, z. B. dasjenige, das er über die unproportionierte gesellschaftliche Lastentragung dem Q. Mucius schrieb:

„Servius in notatis Mucii ait... potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit omni damno deducto, pars alia feratur et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur“ (D. 17. 2. 30),

oder dasjenige, das das Schema „zwei Verneinungen = eine Behauptung“ auf das Gesetz projiziert:

„Duobus negativis verbis quasi permittit lex magis, quam prohibuit, idque etiam Servius animadvertit“ (D. 50. 16. 237).

Die Klassiker führen aber die ähnlichen responsa der veteres auf nicht einer Stelle ohne Namen, d. h. die communis opinio gewordenen Ansichten der vorklassischen Juristen, so z. B. das Prinzip „nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest“:

„Quod scriptum est apud veteres neminem sibi causam possessionis posse mutare, credibile est de eo cogitatum, qui et corpore et animo possessioni incumbens hoc solum statuit, ut alia ex causa id possideret, non si quis dimissa possessione prima eiusdem rei denuo ex alia causa nancisci velit“ (Marcellus D. 41. 2. 19. 1),

und dasselbe Prinzip, verkürzt, bei Paulus, der ung. ein halbes Jahrhundert später als Marcellus lebte:

„... a veteribus praeceptum est neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse“ (D. 41. 2. 3. 19).

Ein vielumstrittener Satz ist, aber sein Kern und Grund sind offenbar das responsum eines vorklassischen Juristen und so stammt letzten Endes auch aus der Jurisprudenz der veteres die sog. „nemo pro parte testatus pro parte intestatus“ regula. Sie kann dieser Form ebenfalls in den Institutionen (2. 14. 5) zu finden, aber schon Cicero betont, daß:

„Unius enim pecuniae plures, dissimilibus de causis heredes esse non possunt, nec unquam factum est, ut eiusdam pecuniae alius testamento, alius lege heres esset“ (De inv. 2. 63).<sup>70</sup>

Ähnliche, obwohl nicht auf so charakteristisch kasuistischen Grundlagen beruhende Feststellungen sind bei den Klassikern zu finden, wie die von den veteres stammenden responsa. So sagt Gaius über die Geltung der litis contestatio wie folgt:

„Apud veteres scriptum est ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere“ (3. 180).

Anderswo sagt Paulus über die perpetuatio obligationis die Folgenden:

„Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem“ (D. 45. 1. 91. 3).

Derselbe sagt die communis opinio der veteres über den zu Erben ernannten Sklaven:

<sup>70</sup> Der Ursprung dieser Regel ist umstritten. Kaser (Rechtsgesch. S. 164) nimmt die in dem vorklassischen Zeitalter geschehene Formulierung an, während Nörr (SZ 89 (1972), S. 51) daran denkt, daß es hier um eine spätklassische Formulierung handelt; und Schmidlin (Sinn, Funktion und Herkunft der Testamentsregeln: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest — hereditas adimi non potest. BIDR 78 (1975), S. 1 ff) denkt an eine Spätklassikern folgende Formulierung.

„Veteres putaverunt non posse nos per servum hereditarium acquirere, quod sit eiusdem hereditatis“ (D. 41. 2. 1. 16).

Die von Papinian aus der Jurisprudenz der veteres übernommene Ansicht bezieht sich auf eine engere Sachlage, auf zwei Verträge:

„Veteribus placet pactionem obscuram vel ambiguum venditori et qui locavit nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere“ (D. 2. 14. 39).

5. Mit Cato dem Sohn beginnt also eine solche Kasuistik, worin ein prinzipieller Kern beobachtet werden kann. Dies ist sichtbar im Fall der regula Catoniana, ja sogar in dem des Prinzips „alteri stipulari“, die sich — wie es aus ihrer Verfassung erscheint — nicht auf einfache, obzwar typische Sachlagen beziehen. Celsus hat Catos responsum auf die ursprüngliche Sachlage angeführt. Paulus hat davon die Sachlage „abgeputzt“, gewährend eine vollständige Abstraktion mit der Formulierung: „quod initio vitiosum est“. Dasselbe geschah hinsichtlich des Prinzips „alteri stipulari“ und vielleicht auch in bezug auf das „nemo pro parte testatus“, das erst in dem spätklassischen (Nörr) oder dem justinianischen Zeitalter (*Schmidlin*) eine abstrakte Formulierung erhielt. Eine ähnliche zweischichtige Verfassung der regulae veterum (Catos Sohn — Celsus — Paulus; Q. Mucius — Ulpian; Cicero — Justinian) kennen wir von anderen Fällen nicht. Eines aber scheint sicher zu sein: die namentlich bezeichneten Juristen des vorklassischen Zeitalters: Cato der Sohn, Q. Mucius, Servius, sowie diejenigen, deren Namen bei den Klassikern nicht erwähnt wurden, haben gewisse kasuistische Entscheidungen mit einem prinzipiellen Kern ausgestaltet, die schon im vorklassischen Zeitalter zur communis opinio wurden. Diese regulae waren noch keine wirkliche Rechtsregeln, sondern haben die Praxis zum Ausdruck gebracht was in mehreren identischen Fällen in Entscheidungen festgesetzt wurde. Deshalb sagt Paulus:

„Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat“ (D. 50. 17. 1),

d. h.: es stammt nicht die Rechtsregel aus der regula, sondern gerade umgekehrt. In Verbindung mit der regula Catoniana bemerkt Celsus, daß diese regula immerhin nicht unbedingt angewendet worden sei: „in quibusdam falsa est“ (D. 34. 7. 1. pr.). Dies bezog sich aber nur auf das in der ersten Hälfte des 2. Jahrhunderts v. u. Z. entstandenen responsum, Paulus deklariert nämlich die Norm „quod initio vitiosum est“ schon als ein Grundprinzip.

Die vorklassische Jurisprudenz hat also prinzipielle lebendige kasuistische responsa erzeugt, die die communis opinio zum Ausdruck brachten. Aber diese können noch nicht als Rechtsregeln qualifiziert wurden. Demzufolge halten wir die Ansicht für stichhaltig, wonach die sog. regulae im Denken der Juristen keine bestimmte Stelle ständigen Charakters hatten, sondern ihre Stelle sich periodisch änderte (*Wieacker*).<sup>71</sup>

6. Eine weitere Frage ist, ob sich die oben erwähnten und im vorklassischen Zeitalter entstandenen prinzipiellen kasuistischen responsa kategorisieren lassen? *Kaser*<sup>72</sup> und — teilweise ihm folgend — *Schmidlin*<sup>73</sup> haben sich auf den Standpunkt gesetzt, daß die Juristen zwei Arten der Regeln erzeugten. Entweder eine aus der Kasuistik stammende, in gekürzter Form verfaßte Norm

<sup>71</sup> *Wieacker* (SZ 84 (1967), S. 442): „Darum hatte die regula... keinen dauernden festen Ort im Denken der Juristen“.

<sup>72</sup> *Kaser*: Rechtsgesch. S. 164. — Zur Methode der römischen Rechtsfindung. S. 60 ff.

<sup>73</sup> *Schmidlin*: Regula iuris. S. 107—108.



nicht obligatorischen Charakters (*Kaser*), die dem Wesen nach die gekürzten rationes decidendi enthielt (*Schmidlin*) oder feste Rechtssätze (*Kaser*), solche normativen regulae iuris, „ex qua ius sumatur“ (*Schmidlin*), wie z. B. die regula Catoniana. *Nörr*<sup>74</sup> ist demgegenüber der Meinung, daß die regulae iuris, dem Maße ihrer verbindlichen Kraft gemäß, in die Trias „Standard-Norm-Spruchregel“ geteilt werden können.

Wir sind der Ansicht, daß es weder für, noch gegen eine dieser Anschauungen einen entscheidenden Beweis gibt. Soviel scheint aber sicher zu sein, daß sich im vorklassischen Zeitalter nur das vom Paulus stammende Rechtsprinzip durchsetzen konnte — wenn auch in dieser Zeit die Benennung „regula“ nicht benützt wurde — daß „non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat“ (D. 50. 17. 1) und kaum jene andere Version, wonach es „regulae, ex qua ius sumatur“ gebe<sup>75</sup> — wovon ich übrigens in den Quellen nicht eine Spur gesehen habe. Eine solche Duplizität: die feste juristische Norm, worauf sich das responsum des Juristen in den weiteren stützt und die eine solche feste Grundlag entbehrende, kasuistische, den prinzipiellen Charakter betonende Regel: existierte dem Zeugnis der Quellen nach im vorklassischen Zeitalter nicht. Die in den Obigen angeführten drei Regelparallelen: Cato (-Celsus) und Paulus, Q. Mucius Scaevola und Ulpian, sowie Cicero und Justinian, scheinen darauf hinzuweisen, daß sich die respondierenden Juristen des vorklassischen Zeitalters, nach einer gewissen Abstraktion strebend, ihren in Verbindung mit mehreren Rechtsfällen ausgestalteten Standpunkt mit der ausführlicheren (Cato—Celsus) oder weniger ausführlichen (Q. Mucius) Veröffentlichung des typisch verfaßten Rechtsfalles im responsum festzusetzen beieferten. Aus diesem detaillierenden, die Abstraktion in sich tragenden aber keineswegs obligatorischen responsum (oder regula) kasuistischen Charakters zog der klassische (Paulus, bzw. Ulpian), eventuell der nachklassische oder justinianische Jurist das verbindende, völlig abstrakt verfaßte Rechtsprinzip. Im Falle vieler „regulae veterum“ (wo der Verfasser am meisten unbekannt ist) ist dieser letzte Schritt nicht geschehen, deshalb verfassen die klassischen Juristen vorsichtig (veteres constituerunt, apud veteres scriptum est, etc.). Wenn also eine solche Doppelheit (*Kaser*, *Schmidlin*), ja sogar eventuell eine Trias (*Nörr*) existierte, so konnte diese erst in der Kaiserzeit vorkommen. Einige regula-artig verfaßte Regeln des Zwölftafelgesetzes verwiesen zwar auf die Tätigkeit des dahinter stehenden, sie konstruierenden pontifex-Juristen und konnten auch als Vorbild zur abstrahierenden Tätigkeit der Vorklassiker dienen, aber sie konnten — dem großen Gewicht, der Autorität dieses Gesetzes, dem Mythos seiner Unveränderbarkeit zufolge — die vorklassischen Juristen kaum inspirieren, im Rahmen ihrer respondierenden Tätigkeit solche verbindliche Normen zu konstruieren.

7. Es stellt sich schließlich die Frage der Richtigkeit jenes Standpunktes, wonach die regula und die definitio identische Begriffe sind und die der Einwirkung der hellenistischen Dialektik zufolge in Rom eingetropfene „wissenschaftliche Revolution“ jene Art der responsa zustandebrachte, die in den Quellen teils regula, teils definitio genannt wird.

Wir sind der Meinung, daß es am richtigsten ist, aus dem Fragment von Paulus auszugehen, das uns informiert, wie Sabinus den Begriff der regula

<sup>74</sup> *Nörr*, SZ 89 (1972), S. 38 ff.

<sup>75</sup> *Schmidlin* (Regula iuris, S. 108): „Die normativen regulae iuris hingegen sind der Kasuistik vorgegeben, es sind regulae, ex qua ius sumatur“.

definiere. Und es ist auch zu untersuchen, wie Cicero die definitio umschreibt. Beide Quellenstellen wurden übrigens schon oben angeführt.

Paulus sagt die Folgenden:

„Regula est, quae rem quae est breviter enarrat... per regulam igitur brevis rerum narratio traditur... ut ait Sabinus“ (D. 51. 17. 1),

während Cicero die Folgenden feststellt:

„Est enim definitio earum rerum, quae sunt eius rei propriae, quam definire volumus, brevis et circumscripta explicatio“ (De orat. 1. 189).

Schulz<sup>76</sup>,weisend auf die paulische Quellenstelle hin, sagt von der Definition von Sabinus: „Die Formulierung klingt an an Cic. De or. 1. 189“, und sieht die Verbindung zwischen beiden Definitionen dem Wesen nach im Wort „brevis“ realisiert zu werden. Was ist demgegenüber die Wahrheit? Sabinus Meinung nach sei die regula eine solche Äußerung die einen Rechtsfall — verstehend darunter auch dessen Auflösung — „kurz“ erzählt. Ciceros Meinung nach ist hingegen die definitio die kurz umschriebene Erklärung einer Sache (res) mit Hilfe ihrer Eigenschaften, die „die Eigenheiten jener Sache sind“. Die Definitionen beider Begriffe (regula, definitio) können kaum identifiziert werden und sind auch nicht identifiziert worden, mindestens für das vorklassische Zeitalter — mit der Ausnahme von Schulz und Krüger. Die Meinungen dieser zwei Verfasser haben ihren Grund daraus erhalten, daß Celsus in dem über die regula Catoniana geschriebenen Fragment sagt, wie folgt: „Catoniana regula sic definit“ und dann: „quae definitio (sc. regula) in quibusdam falsa est“ (D. 34. 7. 1. pr). Krüger nach bestätigen außerdem auch noch zwei Quellenstellen die Identität beider Worte:

„Quod sit vi factum vel clam factum, videamus. Vi factum videri Quintus Mucius scripsit, si quis contra, quam prohibetur fecerit: et mihi videtur plena esse Quinti Mucii definitio“ (D. 43. 24. 1. 5).

Der anderen nach:

„tunc secundum veteres regulas et antiquas definitiones vetustatis iura maneant incorrupta“ (C. 6. 38. 4. 2).

Beide Stellen zeigen gerade das Entgegengesetzte dessen, was der Verfasser nachzuweisen wünscht. Die Vorige spricht ausschließlich über die definitio und gibt die definitio des „vi facere“, ist also keine regula. In der Letzteren spricht die Quellenstelle über die alten regulae und definitiones, gebend auch noch ein besonderes Attribut (vetus, antiquus) hinzu. Das Objekt, worum es sich handelt, ist die Weise der Errichtung des legatum und des fideicommissum, die sowohl regula- als auch definitio-Elemente enthält. Es bleibt also allein das Celsus' sche Fragment (D. 34. 7. 1. pr), als eine Bestätigung der obigen Behauptung von Krüger, sowie Q. Mucius' „Horon liber singularis“, wo aber nicht die nach dem aristotelischen Modell geformten definitiones (genus-species) vorkommen, sondern eher die Chrysippos' schen „Horoï“, wo der Philosoph aussagenartige Definitionen gibt, bei denen der Bestrebung zufolge, die Tatsache und das Recht voneinander zu trennen, die Grenzlinie zwischen regula und definitio ziemlich lose ist — wie darauf Schmidlin hinweist.<sup>77</sup> Gleichzeitig können wir die Folgenden nicht außer acht lassen:

<sup>76</sup> Schulz a. a. O. S. 80.

<sup>77</sup> Krüger a. a. O. S. 141. Note 11. — Schmidlin: Horoi, pithana und regulae. ANRW II, 15, S. 107—111. — M. Talamanca: Per la storia della giurisprudenza romana, BIDR 80 (1977) S. 308 ff.

Der Ausdruck *regula* wird von den *ex asse* Juristen zuerst von Sabinus benützt, obwohl es prinzipielle, nicht verbindliche *responsa* kasuistischen Charakters schon von der ersten Hälfte des 2. Jahrhunderts gibt (*regula Catoniana*) und diese von den Klassikern als die Feststellungen, Schriften, Ansichten (*constituerunt, scriptum est, putaverunt, etc.*), Vorschriften (*praeceptum est*) der veteres erwähnt werden. Und in diesen Feststellungen gibt es weder „definitiones“ noch „*regulae*“. Und wir wissen aus dieser Zeit doch von definitiones, wie bei Manilius in Verbindung mit dem *nexum* (Varro, *De l. lat.* 7. 5. 105).

Es kann auch eine andere Bedeutung des Wortes *definitio* nicht außer acht gelassen werden, insofern sie auch den Sinn der „Entscheidung, Regel, Anweisung“ erhalten kann. So kann Celsus' Ausdruck erklärt werden, wonach: „*regula Catoniana ita definit*“.

Und was sagt der juristisch gebildete Rhetor, Cicero darüber?

„*Latentem explicare definiendo . . . postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicarentur*“ (Brut. 152).

Was nicht aufgedeckt ist, muß definiert werden. Und wir müssen außerdem eine *regula* bilden um entscheiden zu können, was Wahrheit und was Falschheit sei. Cicero trennt also *definitio* und *regula* scharf, begrifflich und funktional. Sehen wir aber Cicero auch als einen Juristen an, und darauf hat nicht nur Costa<sup>78</sup> aber neuestens auch Tomulescu<sup>79</sup> — und der Letztere viel überzeugender — hingewiesen (Cicero beleuchtet ung. 400 juristische Begriffe), so soll man sagen, daß die *regula* und *definitio*, als die von der Dialektik angewendeten zwei Kategorien, sich zuerst bei Cicero, dem Juristen manifestieren.

Es ist ferner eine Tatsache, daß D. 50. 17. 1, wo Sabinus Definition der *regula* zu finden ist, die *definitio* als ein Synonym ebenso nicht erwähnt, wie auch Cicero, die *definitio* umschreibend, über die *regula* nichts sagt (*De orat.* 1. 189);

es ist also in Betracht zu ziehen, daß in der klassischen Literatur solche Titel als „*Regulae seu Definitiones*“ (vgl. *Institutiones seu Elementa*) nicht vorkommen. Neratius, Pomponius, Gaius, Scaevola, Paulus, Ulpian, Marzian und Modestin haben *regulae* geschrieben, nur Papinian schrieb *Definitiones*;

auch Javolens Feststellung (*cos.* 83. und 90.) ist nachdenklich, wonach:

„*Omnis definitio in iure civili periculosa est; rarum (?) est enim, ut non subverti posset*“ (D. 50. 17. 202).

Jede *definitio* ist also gefährlich, denn es ist selten, daß sie den Sinn des zu definierenden Dinges nicht verdreht. Eine eben solche Feststellung betreffs der *regulae* kann in den Quellen nicht gefunden werden.

Schließlich scheint Martinis<sup>80</sup> Differenzierung nicht verwerflich zu sein, wonach die Quellen manchmal den Ausdruck „definire“ benützen, wie z. B. Cassius (D. 44. 7. 35), wo es wirklich um ein Definieren handelt:

„*sic esse definiendum Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum*“,

was unbedingt auf die Definition eines begrifflichen Elements der *persecutio* hinweist, während wo die Quelle „generaliter definit“:

„*et generaliter definit Scaevola petitorem electionem habere ubi petat, reum ubi solvet, scilicet ante petitionem*“ (D. 13. 4. 2. 3),

oder „regulariter“ definit:

<sup>78</sup> E. Costa: Cicerone giureconsulto I—II, Bologna, 1927.

<sup>79</sup> C. S. Tomulescu: Der juristische Wert des Werkes Ciceros, Gesellschaft und Recht im griechisch-römischen Altertum I, Berlin, 1968, S. 246—256.

<sup>80</sup> Martini a. a. O. S. 70 ff.

„Iulianus . . . et regulariter definiit: quod quis ab alio stipulando mihi acquirit, id a me stipulando nihil agat“ (D. 7. 1. 25. 5),

dort deckt das „definire“ je eine regula;

auch der terminologische Gedankenwirrwarr in der griechischen philosophischen Sprache fällt nachdrücklich ins Gewicht. Aristoteles benützt das Wort „kanon“ (=Richtschnur) als das Synonym des Wortes „horos“ (=definitio) in Einzahl, während der Philon von Alexandrien über die Gesetzgeber so spricht als über die Zuständigen in Hinsicht der „horoi und kanones“. In Mehrzahl identifiziert er also die zwei Begriffe nicht.<sup>81</sup>

Kasers<sup>82</sup> Argumentierung über die Entstehung der regulae und die von Nörr<sup>83</sup> über die Entstehung der definitiones sind schließlich auch zu bedenken. Beide suchen nach deren Ursprung im Zwölftafelgesetz oder in dessen Interpretation, damit daß die ersten regulae (Kaser) schon im Gesetz gefunden werden können, und daß solche Ausdrücke als z. B. „adsiduus“, „proletarius“ irgendwo, nach dem Inkrafttreten des Gesetzes definiert werden mußten, weil diese Ausdrücke wahrscheinlich ausgelegt zu werden brauchten. So begannen sowohl die regula-Erzeugung (Kaser), als auch die definitio-Bildung (Nörr) notwendigerweise schon vor dem hellenistischen Zeitalter, sie sind ursprüngliche römische Erscheinungen. „Man definierte — sagt Nörr<sup>84</sup> — längst vor der Bekanntschaft mit der griechischen Wissenschaftstheorie; die Rezeption der griechischen Theorie führte nur zur Erkenntnis dessen, was man längst zu tun gewohnt war, vielleicht auch zur häufigeren Verwendung von Definitionen“.

8. All dies vorausgeschickt, probieren wir unsere Ansicht in den Folgen den zusammenzufassen.

Wenn wir auch Kasers Ansicht, wonach die ersten „regulae“ als kurzgefaßte Regeln prinzipieller Bedeutung dem Wesen nach schon im Zwölftafelgesetz zu finden seien,<sup>85</sup> nicht in der Gesamtheit teilen können, soviel haben wir jedenfalls festzustellen, daß die gewisse Abstraktion anstrebende Denkart der hinter den das Zwölftafelgesetz erzeugenden decemviri stehenden und die Arbeit der Gesetzesabfassung ausführenden pontifices nicht abgebrochen werden konnte. Eben das Pontifexkollegium war der einzige Faktor der aufgrund des Zwölftafelgesetzes stattfindenden Rechtsschaffung bis zum Appius Claudius. Nur das ist unwahrscheinlich, daß die regula-artigen Regeln des Zwölftafelgesetzes die Juristen unmittelbar inspiriert hätten, ähnliche regulae zu erschaffen, mit Rücksicht auf die Formkonservativismus der Römer und die große Autorität des in Erztafeln eingravierten Gesetzes. Es fehlte aber an Abstraktionsdrang in den responsa offenbar schon nach der Veröffentlichung der XII Tafeln nicht. Dieser Drang bildete nämlich unbedingt einen Teil der pontifischen Denkweise und später der Denkart der dieses Danken ererbenden iuris consulti. Dies wird überhaupt nicht beeinflusst davon, daß ihre Denkweise grundlegend kasuistisch war. Die Regeln des Zwölftafelgesetzes sind nämlich auch solche und die Kasuistik charakterisierte auch die Denkart der pontifices.

<sup>81</sup> Nörr: Spruchregel, S. 36.

<sup>82</sup> Kaser: Rechtsgesch. S. 164.

<sup>83</sup> Nörr: Spruchregel, S. 83.

<sup>84</sup> Nörr: Spruchregel, S. 84.

<sup>85</sup> „Die Anfänge einer juristischen Abstraktion . . . reichen gewiß schon weit zurück; enthalten doch bereit die sog. *leges regiae* und die XII Tafeln allgemeine Formulierungen, mögen sie auch durch Bildung engbegrenzter Tatbestände noch eine geringe Reife des juristischen Denkens zeigen. Ähnliche kurzgefaßte und der Praxis dienende Regeln hat auch die Jurisprudenz des 2. Jh. hervorgebracht“ (Rechtsgesch., S. 164).

Nörrs<sup>86</sup> Ansicht ist hingegen in der Beziehung völlig anzunehmen, daß das Zwölftafelgesetz die Definition gewisser Begriffe (z. B. *adsiduus*, *proletarius*, *morbus soticus*, etc.), selbst bei der dann üblichen Gesetzesfassungstechnik nicht im Text des Gesetzes selbst geben konnte. So war die Definition dieser Begriffe — wenn wir dafür auch keine Bestätigung haben — schon nach der Veröffentlichung des Gesetzes unbedingt notwendig. Es ist nämlich nicht wahrscheinlich, daß diese Begriffe vor einem jeden bekannt gewesen wären. Nörrs Ansicht scheint auch durch Varros Feststellung unterstützt zu werden, wonach:

„XII tabularum interpretes ambitum parietis circuitum esse describunt“ (De 1. lat. 5. 22),

d. h.: die Interpretatoren des Zwölftafelgesetzes verstanden unter „ambitus“ den Umlauf an der Wand. Wer die von Varro erwähnten Interpretatoren waren, das wissen wir nicht. Soviel ist jedenfalls sicher, daß es dort um die nach der Veröffentlichung des Zwölftafelgesetzes in kurze Zeit notwendig gewordene juristische Tätigkeit handelt, die die *pontifices*, die die Rahmen des Zwölftafelgesetzes durch Formalanalogie, *contrarius actus*, bzw. extensive Interpretation erweiterten, oder deren Nachfolgern: die *iuris consulti* noch im Zeitalter des alten Rechts<sup>87</sup> ausgeübt hatten.

Soviel ist also unzweifelhaft, daß die Bedürfnis nach der Veröffentlichung des Zwölftafelgesetzes sofort auftrat, um einerseits die das ergänzenden „*regulae*“, andererseits einige nicht allgemeinverständliche Ausdrücke des Gesetzes interpretierende, begriffsdefinierende „*definitiones*“ zu erschaffen, selbst wenn es an der entsprechenden Nomenklatur (*regula*, *definitio*) mangelt. Und dies war gewiß durch die *pontifices* oder die *iuris consulti* ausgeführt, auch wenn keine schriftliche Beweise solcher Tätigkeit von diesen geblieben sind oder ihre „definierende“ Tätigkeit höchstens nur wahrscheinlich gemacht ist (*ambitus*).

Aber vergleichen wir die erste bekannte — und den Namen *regula* erst später erhaltende — Norm, die *regula Catoniana* mit dem Text der ersten bekannten *definitio*:

„*Catoniana regula sic definit, quod si testamenti facti tempore decidisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit, non valere*“ (Celsus D. 34. 7. 1. pr)

und

„*Nexum Manilius scribit omne, quod per libram et aes quaeritur, in quo sunt mancipia* (Varro, De 1. lat. 7. 105).

Im einem der Texte wurde ein mit einem Rechtsfall verbundenes *responsum* prinzipieller Bedeutung festgesetzt, das von Catos Sohn stammt, während in dem anderen eine von einem Zeitgenossen des erwähnten Catos, dem M. Manilius, stammende *definitio* des *nexum*. Die zwei Texte können inhaltlich keineswegs auf den gleichen Nenner gebracht werden selbst wenn Celsus bei der Anführung der *catonischen regula* zwischen *regula* und *definitio* ein Gleichheitszeichen legt.

<sup>86</sup> Nörr: Spruchregel. S. 83.

<sup>87</sup> Wir denken ähnliche Spuren der auf einige Ausdrücke der XII Tafeln bezüglichen Definitionen zu entdecken, so hinsichtlich des „*sestertius*“ (Tab. VII. 1.) oder der „*villa*, *hortus* und *tugurium*“ (Tab. VII. 3. a—b). Hier können wir aber uns nur auf Vermutungen beschränken. Und wenn es wahr ist, was Pomponius über das Werk des Appius Claudius „*De usurpationibus*“ sagt, so ist die „*definitio*“ der *usurpatio* auch hier vorzustellen.

Der in dem nach dem Tod Catos Sohn und Manilius folgenden Jahrhundert tätige Cicero, dessen juristische Gelehrtheit und Bedeutung keineswegs unterschätzt werden darf, trennt die regula scharf von der definitio (Brut. 152). Der gegen den Beginn unserer Zeitrechnung geborene Sabinus und der einige Jahrzehnte früher gestorbene Cicero definieren auch verschiedenartig den Begriff der regula, bzw. der definitio (D. 50. 17. 1. — Cic. De orat. 1. 189) und auch Schulz findet das Mittel für die Identifizierung beider Begriffe nur im Wort „brevis“.<sup>88</sup>

Es ist schließlich nicht zu vergessen, daß — wie Nörr<sup>89</sup> es hervorhebt — in der Sprache der hellenistischen Philosophie die Worte „kanon“ und „horos“, d. h. die „Richtschnur“ (die mit dem „nomos“ = Gesetz identifiziert wurde) und die „Definition“ (welchen zwei Worten im Latein die Worten regula und definitio entsprechen) manchmal als Synonyma benützt werden, manchmal aber getrennt, als selbständige Begriffe. Diese Unbestimmtheit der Fachausdrücke sollte sich auch in der römischen Projektion der in das römische Leben eindringenden griechischen philosophischen Sprache zeigen. Cicero aber, in dem sich der hellenistische Rhetor und der praktische römische Jurist vereinen,<sup>90</sup> trennt beide Begriffe gleichwohl.

#### 9. Zusammenfassend:

nach der Erschaffung des Zwölftafelgesetzes entstand ein Anspruch darauf, dieses im Rahmen der responsa, in einer kurzen Formulierung, mit keiner verbindenden Kraft, auf kasuistischer Grundlage, aber mit prinzipiellem Charakter zu ergänzen und gewisse, nicht allgemein bekannte Begriffe dessen zu definieren. Die kurz formulierte Rechtsregel kasuistischen Charakters aber prinzipieller Bedeutung existierte also in Rom ebenso, mit der Definition zusammen, wie in der hellenistischen Welt. Die zwei Kategorien waren nicht im entferntesten identisch, keine von ihnen war aber mit einem terminus technicus bezeichnet. Der Erschaffer der ersten bekannten regula, Catos Sohn, und der Erzeuger der ersten bekannten definitio, Manilius, selbst als Zeitgenossen haben ihr Produkt nicht mit diesem Namen bezeichnet und haben ihre obige Tätigkeit, obwohl die hellenistische Philosophie eben in dieser Zeit auf die Rechtswissenschaft zu wirken begann, offenbar auf den vermutlichen Fußspuren ihrer unbekannten Vorläufer, von der Wirkung der hellenistischen Philosophie großenteils unabhängig ausgeführt. Die zwei juristischen Tätigkeiten, und zwar die regula-Erschaffung, sowie die definitio haben nur unter hellenistischem Einfluß einen Namen erhalten (kanon = regula, horos = definitio). Nachdem aber in der Sprache der hellenistischen Philosophie in der Beziehung beider Worte gewisse terminologische Verwirrung bestand, war deren Projektion auch in Rom darin zu fühlen, daß zwar die zweifachen juristischen Tätigkeiten abgesondert behandelt wurden und diese demgemäß zwei juristische Denkformen bedeutet haben, wurde ihre Benennung mit der Zeit miteinander verknüpft, ja wurden beide Benennungen sogar identifiziert, des-

<sup>88</sup> Übrigens gibt Schulz bei der Aufzählung der regulae des vorklassischen Zeitalters ausschließlich Definitionen, so die der tutela (Servius), der actio de dolo (A. Gallus), des penus (Q. Mucius und Servius), des litus (A. Gallus), des testamentum (Servius), des postliminium (Q. Mucius), der aqua pluvia (Q. Mucius), der pars (Q. Mucius und Servius), der vindicia (Servius), der religio (Servius), der noxia (Servius), des sacellum (Trebatius), des argentum factum (Q. Mucius), der silva cedua (Q. Mucius), der suppellex (Tubero und Servius). (Vgl. Schulz a. a. O. S. 80—81).

<sup>89</sup> Nörr: Spruchregel, S. 35—36.

<sup>90</sup> Tomulescu a. a. O. S. 255.

senungeachtet, daß Cicero die *regula* und *definitio* noch scharf unterschieden hatte (Brut. 152).

10. Es kann also letzten Endes festgestellt werden, daß:

a) Die sog. Regularjurisprudenz — deren Wurzeln in die nach dem Zwölftafelgesetz gekommene Zeit, zurückreichen — wird im vorklassischen Zeitalter ausdrücklich ausgestaltet und es wird damit die erste Form der juristischen Abstraktion zustande gebracht, obwohl sie mit der Kasuistik eng verbunden ist;

b) die *regulae* — die diesen Namen erst unter dem hellenistischen Einfluß erhalten (kanon = *regula*) — können im vorklassischen Zeitalter nicht kategorisiert werden, weil sie alle den Charakter der Kasuistik mit einer mehr oder weniger nachweisbaren prinzipiellen Bedeutung auf sich tragen, teils an den Namen eines Juristen geknüpft, teils als die *communis opinio* der *veteres*. Ihre Differenzierung kommt nur im klassischen Zeitalter vor;

c) die *definitiones* — die diesen Namen auch unter dem hellenistischen Einfluß erhalten (*horos* = *definitio*) — sind in ihren Wurzeln, unabhängig von der *regula*-Erschaffung, auch die Produkte der in das Zeitalter des alten Rechts zurückreichenden juristischen Tätigkeit. Sie befriedigen einen ebensolchen Anspruch, wie die *regula*-Erschaffung von dem Zwölftafelgesetz folgenden Zeit. ab. Dementsprechend bedeutet die *definitio*-Erschaffung, die mit der *regula*-Erschaffung durch die Neigung zur Abstraktion verbunden ist, auch die in *Definitionen* ausgeführte juristische Denkweise. Der Umstand, daß die Quellen die Worte *definitio* und *regula* eventuell als Synonyma benützen, ist nur eine Projektion der in diesem Bereich in der philosophischen Sprache des hellenistischen Zeitalters auftretenden Verwirrung, bedeutet aber nicht — wie es auch Cicero feststellt — die Identifizierung beider Begriffe.

## B)

1. Wie es sich aus den oben gesagten herausstellt, außer der Regularjurisprudenz gestaltete sich in der dem Zwölftafelgesetz folgenden Zeit die sog. Definitionsjurisprudenz, die seinen Ursprung auf den Anspruch zurückführen konnte, daß der Sinn von gewissen, im Zwölftafelgesetz vorkommenden Ausdrücke nicht allgemein bekannt war und deren Definition die *pontifices*, dann die *iuris consulti* zu geben hatten. Gellius (16. 10. 8) scheint auf einen solchen Anspruch und darauf hinzuweisen, daß in der juristischen Tätigkeit der *pontifices* und dann der *iuris consulti*, im Rahmen von *responsa*, der Sinn einiger im Zwölftafelgesetz angewendeten Worte zu definieren war. Er sagt dort nämlich:

„Cum proletarii et adsidui et sanates et vades et subvades et XXV asses et taliones furtorumque quaestio cum lance et licio evanuerint, omnisque illa XII tabularum antiquitas lege Aebutia consopita sit“ (Tab. I. 10).

Diese mit dem Inkrafttreten der *lex Aebutia* veralteten Worte wünschten offenbar eine Definition im Rahmen der *responsa* der erwähnten Juristen, da wir selbst heute noch nicht genau wissen, was der Begriff z. B. des „*adsiduus*“ bedeutete.

Der Begriff des „*ambitus*“, als eines im Zwölftafelgesetz vorkommenden Ausdrucks, sollte auch definiert werden, wie darauf Varro (De l. lat. 5. 22) hinweist, und die „*interpretes*“, die dies ausgeführt hatten, waren annehmbar

die pontifices oder die ersten iuris consulti. Wir haben nämlich in den Obigen erwiesen, daß von den in der Chronologie des Pomponius (D. 1. 2. 2) vorkommenden und mit der interpretatio verknüpften Stellen nur eine ist, die nicht mit dem Zwölftafelgesetz verbunden war, alle die anderen sprechen über eine zu diesem Gesetzbuch gehörende interpretatio, was zeifellos einen davon formal trennbaren aber inhaltlich streng dazu gehörenden Stoff bedeutet.

Das erste bekannte responsum, das im vorklassischen Zeitalter von einem dem Namen nach bezeichneten Juristen gegeben wurde, ist die von nexum gegebene Definition des Manilius (Varro De 1. lat. 5. 105), die eine völlige Umschreibung für das nexum gibt. Es kann aber ein Definitionsversuch auch bei dem unter einem hellenistischen Einfluß keineswegs stehenden Sextus Aelius (cos. 198) beobachtet werden, über den die folgende ulpianische Quellenstelle eine gewisse Aufklärung gibt:

„Sextus autem Caecilius etiam tus et cereos in domesticum usum paratos contineri legato scribit“ (D. 33. 9. 3. 9).

Hier beschäftigt sich Ulpian mit der Definierung des Wortes „penus“ und beruft sich dabei auch auf Sextus Aelius, der zur Erklärung des Inhalts dieses Begriffs als erster beigetragen hat.

2. Die Eindringung der hellenistischen Philosophie in das römische Leben, da das Definieren eines der Mittel der Dialektik ist, hat sich die Anzahl der definitiones notwendigerweise vermehrt, wie es auch von Nörr<sup>91</sup> betont wird. Die Verbreitung der Methode der Dialektik hat auf dem Gebiete der definitiones anfänglich eher nur eine quantitative und nicht qualitative Wirkung ausgeübt. Es kann sich höchstens darum handeln, daß die definitiones durch die Rezipierung der Methode der Dialektik „eleganter“ gemacht wurden (vgl. mit dem Ausdruck „non ineleganter“ in Verbindung mit einer definitio des Servius, in der Stelle D. 50. 16. 25).

Die originale römische Definitionsform ist die sog. quid est -Definition. Es soll nämlich zuerst beantwortet werden, was der „proletarius“, „adsiduus“, etc. sei. Es ist zweifellos, daß diese Definitionsart durch die Dialektik feiner gemacht wird. Dem Wesen nach will auch Sextus Aelius in Verbindung mit der Erwähnung der zum „penus“ gehörenden Dingen eine solche definitio geben. Aber hier konnte die Dialektik noch kaum durchdringen, nicht so wie bei Manilius, in Verbindung mit der definitio des nexum. Die Dialektik scheint die Form der „quid est definitio“ von P. Mucius ab zu vervollkommen, der die folgende Feststellung macht:<sup>92</sup>

„Quoniam P. Scaevola id solum esse ambitus aedium dixerit, quod parietis communis tegendi causa, tectum proiiceretur, ex quo in tectum eius, aedes qui protexisset, aqua deflueret, id tibi ius videri“ (Cic. Top. 24).

Dies weist darauf hin, daß die durch die Dialektik verfeinerte quid est definitio das, „was ist“, von den Rechtsfolgen getrennt beschreibt.

Es ist interessant, die vom „ambitus“ gegebenen quid est Definition der Interpretatoren der XII Tafeln und die des P. Mucius nebeneinanderzustellen. Während die Vorigen betreffs des Begriffs nur „parietatis circuitum esse“ sagten (Varro De 1. lat. 5. 22), verfaßt P. Mucius schon eingehender, viel genauer, auf die römische Eigenartigkeit der rechtlichen Kasuistik Rücksicht nehmend. Es folgen auf diese definitio zeitlich die definitiones des Sohnes von P. Muci-

<sup>91</sup> Nörr: Spruchregel, S. 82.

<sup>92</sup> Schmidlin: Die röm. Rechtsregeln, S. 165.



us: Q. Mucius über das postliminium (Cic. Top. 37), den Begriff der gentiles (Top. 29), die aqua pluvia (Top. 38) und das argentum factum (Ulp. D. 34. 2. 19. 9).

Die Form der quid est definitio wird durch die Methode der Dialektik völlig fein gemacht, wie es durch die quid est definitio des Aquilius Gallus über den dolus malus gezeigt wird:

„Cum ex eo quaeretur, quid esset dolus malus, respondebat, cum esset aliud simulatum, aliud actum“ (Cic. De off. 3. 60).

Eine ähnliche quid est definitio wird bei Q. Mucius gefunden:

„Quid sit vi factum, vel clam factum, videamus. Vi factum videri Q. Mucius scripsit, si quis contra quam prohibetur fecerit“ (D. 43. 24. 1. 5),

oder bei Ofilius:

„Quid sit fugitivus, definit Ofilius: fugitivus est, qui extra domini domum fugae causa, quo se a domino celaret, mansit“ (D. 21. 1. 17. pr).

A. Gallus' frappante quid est dolus malus—definitio wird ähnlicher rhetorischer Feinheit von Servius weitergebildet:

„Dolum malum Servius quidem ita definit: machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur“ (Ulp. D. 4. 3. 1. 2).

Es stammt ebenfalls von ihm die Definition der tutela impuberum:

„Tutela est ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, quo propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa“ (Paul. D. 26. 1. 1. pr).

Von ihm stammt ähnlicherweise die genaue Definition der silva cedua (Gai. D. 50. 16. 30. pr.) des testamentum (Gell. 7. 12. 1) und der vindicia (Festus 376), usw.

Nach Manilius sieht Aelius Gallus wiederholt als notwendig an, das nexum zu definieren, aber schon mit einer wesentlich höheren rhetorischen Gewandtheit, woraus es folgt, daß er kein Jurist, sondern ein Grammatiker war:

„Nexum est, ut ait Gallus Aelius, quodcunque per aes et libram geritur, id quod necti dicitur; quo in genere sunt haec: testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio“ (Festus 165).

Es gibt mehrere Fälle, wo Servius offenbar für notwendig fand, die definitio des Q. Mucius weiterzuentwickeln (so z. B. hinsichtlich des Begriffs des penus, vgl.: Gell. 4. 1. 17). Bei seiner auf den Begriff der pars bezüglichen definitio (Paul. D. 50. 16. 25) ist dies ganz offensichtlich:

„Quintus Mucius ait partis appellatione rem pro indiviso significari; nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari“.

Aber auch unmittelbare Zeitgenossen erschaffen Definitionen, wie z. B. Tubero und Servius über den Begriff der „supellex“ (Cels. D. 33. 10. 7. 2). Die hellenistische Wirkung in Hinsicht der Definitionen ist schon am Ende der Republik so bedeutend, daß Q. Mucius unter dem Einfluß des Stoikers Chrysippos, unter dem Titel „Horon liber singularis“ ein Werk erschafft, in dem er schon strebt, den Rechtsfall von der Rechtsregel zu trennen.<sup>93</sup>

<sup>93</sup> „Scaevolae 'Liber singularis horon' ist zweifellos der spekulärste Versuch — sagt Schmidlin (Horoï, pithana und regulae. ANRW III. 15. S. 107) — die ars dialectica der Jurisprudenz dienstbar zu machen“. Er bemerkt aber, daß es von diesem die dem aristotelischen Modell gemäß gebildeten Definitionen (genus-species) fehlen und ihre Vorbild eher das „Horoï“ betitelte Werk stoischen Philosophen Chry-

3. Und hier schaltet sich die Dialektik qualitativ in den Entwicklungsprozess der definitio, als einer selbständigen Kategorie ein. Cicero gestaltet die zwei Arten der definitio: die divisio und partitio aus aristotelischen und stoischen Elementen auf eine originelle römische Weise aus.<sup>94</sup>

„Atque etiam definitiones aliae sunt partitionum aliae divisionum; partitionum cum res ea quae proposita est quasi in membra discerpitur, ut si quis ius civile dicat, id esse quod in legibus, senatus consultis, rebus iulicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistat. Divisionum autem definitio formas omnis complectitur, quae sub eo genere sunt, quod definitur hoc modo: abalienatio est eius rei, quae mancipi est aut traditio alteri nexu aut in iure cessio... In partitione quasi membra sunt ut corporis, caput, ueneri, manus, latera, crura pedes et cetera. In divisione formae, quae Graeci *εἶδη* vocant... species appellant... at formis... At si stipulationum aut iudiciorum formulas partiare, non est vitiosum in re infinita praetermittere aliquid. Quod idem in divisione vitiosum est. Formarum enim certus est numerus, quae cuique generi subiciantur; partium distributio saepe est infinitior, tamquam rivorum a fonte ductio” (Top. 28.—30.—33).

Cicero unterscheidet also zwischen zwei Arten der Definierung. Während die partitio eine mit divisio ausgeführte definitio ist und dementsprechend auch den Begriff des ius gliedernd, als ein Ganzes (lex, senatusconsultum, res iudicata, auctoritas iuris peritorum, edicta magistratum, aequitas) gibt, beschreibt die durch die divisio geschehene definitio das als genus aufgefaßte Ding durch die das bildenden Individuen (species). So kann die abalienatio als genus durch die Aufzählung zweier species definiert werden (traditio alteri nexu und in iure cessio). Die partitio ist immer taxativ, wenn der zu definierende Begriff res finita ist, wenn aber er res infinita ist, wie z. B. die Formeln der stipulationes oder iudicia, so ist auch exemplikative Aufführung möglich. Im Falle der divisio ist dies ausgeschlossen, weil hier die Aufführung immer die erschöpfende Aufführung der species geben soll.

Die partitio der res infinita wurde zuerst bei Cato dem Sohn gefunden:

„Catonem quoque scribere lego: cui digitus de manu aut de pede praecisus sit, eum morbosum esse” (Ulp. D. 21. 1. 10. 1).

Aber der Sklave kann auch unzähligen anderen körperlichen Gebrechen zufolge morbosus sein. Die partitio der res finita wird von Q. Mucius und Servius gegeben:

sippos (3. Jh. v. u. Z.) gewesen sein möge. In diesem gibt nämlich dieser Philosoph aussagenartige Definitionen. In dieser Tätigkeit hat Q. Mucius den Brutus und Cato natürlich überholt, denn er probiert in seinen Definitionen den Rechtsfall und das Recht, die Sachlage und die Rechtsfolge voneinander trennen (a. a. O. S. 107—111).

<sup>94</sup> Nörrs (Divisio und Partitio, Münchener Universitätschriften, Berlin, 1972, S. 28 ff) Meinung nach: „Es steht fest, daß Ciceros Erörterung des Unterschiedes von partitio und divisio von der griechischen Philosophie und Rhetorik abhängig ist... aber die Gleichsetzung von partitio und divisio mit der Definition weder der aristotelischen, noch der stoischen Definitionstheorie entspricht”. Daß aber Cicero die aristotelische Definitionstheorie durch den stoischen Panaitios übernommen habe, wird von Gellius auf seine eigenartige Weise verwahrscheinlicht. Seiner Ansicht nach: „Legebatur Panaetii philosophi liber de officiis... quod M. Tullius magno cum studio maximoque opere aemulatus est” (13. 28).

„Tutelarum quidam quinque genera esse dixerunt, ut Q. Mucius; alii tria, ut Servius Sulpicius“ (Gai. 1. 188),

woraus es folgt, daß das Definieren durch die *partitio* schon vor Cicero oder in seinem Zeitalter angewendet wurde, wenn auch die Nomenklatur ebenso von Cicero herrührt, wie die Darlegung des zwischen *partitio* und *divisio* stattfindenden Unterschiedes, die auch auf die spätere Rechtswissenschaft auswirkt.

4. Die Erschaffung der definitiones, als eine juristische Tätigkeit, geht also in ihren Wurzeln noch in das Zeitalter des alten Rechts zurück. Im vorklassischen Zeitalter kommt hingegen eine gewisse Definitionsjurisprudenz zustande, die vorläufig nur die „quid est“ definitio anwendet, auf einer ziemlich kasuistischen Grundlage erklärend, was das zu definierende Ding bedeute und deshalb noch nicht als eine „Rechtswissenschaft“ qualifiziert werden könne (*Jörs, Wieacker*). Aber die Bestrebung nach einer Abstraktion kann in ihr gefunden werden. Die in Definitionen geschehende Denkweise wird zuerst quantitativ, dann auch qualitativ durch die Eindringung der hellenistischen Dialektik vom 2. Jahrhundert ab befördert. Dann schließen sich schon auch *partitio* und *divisio* an der „quid est“ definitio als Determinierungsarten an. Die aristotelische und stoische Definitivkategorisierung knüpft sich gleichwohl an Ciceros Namen. Er ist kein einfacher Kopist davon (*Nörr*), sondern sich auf die aristotelischen und stoischen Grundlagen stützend, gestaltet er selber die Kriterien der durch *partitio* und *divisio* geschehenden definitio aus, erschaffend damit die prinzipiellen Gründe römischen Profils des davon ab schon „Definitionsrechtswissenschaft“ nennbaren juristischen Produkts.

### C)

1. Die platonische Dialektik, in die Philosophie der Stoa durch Aristoteles' Lebenswerk eindringend, um die Mitte des 2. Jahrhunderts — wie erwähnt — läßt ihre Wirkung in Rom durch den sich um den jüngeren Scipio gruppierenden sog. *grex Scipionis* fühlen (Cic. *De am.* 69). In deren Mittelpunkt stand der stoische Philosoph Panaitios und es gehörten zu ihr M. Manilius der Augur Q. Mucius Scaevola, P. Rutilius Rufus, der von Pomponius selber ein Stoiker genannte Quintus Aelius Tubero (D. 1. 2. 2. 40), sowie der pontifex maximus und Rechtsgelehrte Q. Mucius Scaevola.<sup>95</sup> Cicero und mit ihm zusammen Servius — die die rhetorische Bildung zusammen von Apollonios Molon in Rhodos erhielten (Cic. *Brut.* 151) — waren auch die Anhänger der hellenistischen Dialektik und auch Cicero spricht oft über die Wichtigkeit dieser Dialektik (*De or.* 1. 186, 188 ff. — *Brut.* 152).

2. Worin bestand dem Wesen nach diese von Platon stammende Dialektik? In einer Methode, die Art und das Individuum (*genus-species*) voneinander unterscheidet. Die Art (*genus*) kann durch die Trennung ( *διαίρεσις* = dif-

<sup>95</sup> *Maschkin* a. a. O. S. 164, 167. — *Münzer* PW 4, 1439. — *Krüger* a. a. O. S. 63. — *Wenger* a. a. O. S. 183. — *Schulz* a. a. O. S. 74. — Die Dialektik wird auch in den Schulen gelehrt und zwar im Rahmen der sog. *artes liberales*, die in ersten Reihe die Grammatik, Dialektik und Rhetorik umfaßte. — *J. Stenzel*: Studien zur Entwicklung der Platonischen Dialektik von Sokrates zu Aristoteles. Breslau, 1917. S. 62 ff.

ferentia) erkannt werden, während andererseits durch Vereinigung der Mehrheit, d. h. mit Hilfe der Synthesis ( *σύνθεσις* ). (Platon, Sophistes, 253 D).

Die Einwirkung dieser Dialektik durch die aristotelische Dialektik (die die generische Einteilung *διαίρεσις* = divisio, distinctio, differentia nennt) und mit Hilfe des stoischen Kreises des grex Scipionis auf das römische Denken wird mit Ciceros Feststellung, woraus klar ist, was Cicero für das Wesen der Rechtswissenschaft hält, genau skizziert zu werden:

„Sed haec Crassus aliquando nobis expediet et exponet descripta generatim. Est enim ne forte nescias, heri nobis ille hoc, Catule, pollicitus, se ius civile, quod nunc diffusum et dissipatum est, in arte genera coacturum et ad artem facilem redacturum” (De orat. 2. 142).

Dem gemäß ist die grundlegende Aufgabe der Rechtswissenschaft, die Regeln des Zivilrechts, die sich vorläufig in einer ungeordneten Masse befinden, den Arten gemäß (generatim) zu gruppieren und auf das Niveau der Wissenschaft (Art = ars) zu erhöhen.

Was aber Cicero unter „ars” zu verstehen wünscht, geht aus einer anderen Feststellung von ihm hervor:

„Existumo iuris civilis magnum usum et apud Scaevolam et apud multos fuisse, artem in hoc uno (sc. S. Sulpicio). Quod nunquam effecisset ipsius iuris scientia, nisi eam praeterea dicisset artem, quae doceret rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicaretur” (Brut. 152).

Der erste Satz von Cicero unterscheidet zwischen Servius und den ersten Juristen vor Servius. Die Letzteren trugen demnach mit der Kenntnis, ja der ausgezeichneten Anwendung des Rechts (magnum usum) zur Rechtspflege bei, demgegenüber wurde bei Servius die „ars” in den Folgenden verwirklicht:

in der Verteilung des Ganzen (rem universam tribuere in partes = partitio und divisio),

in der Definition der Begriffe unaufgedeckten Sinnes (definiendo = quid est definitio),

in der Interpretation von Fragen dunklen Sinnes (interpretando = Auslegung der ciceronischen Auffassung entsprechend und nicht die interpretatio der XII Tafeln),

in der Differenzierung der strittigen Fragen (distinguere),

sowie in der Erschaffung kurzer Regeln (regulae), auf deren Grund die Wahrheit von der Falschheit getrennt werden kann.

Die Klassifizierung, Verteilung, definitio, interpretatio, distinctiones, regula-Erzeugung sind also alle die Mittel der durch die Dialektik erschaffenen ars. Alle diese — wenn auch unter ihnen selbst solche vorkommen, deren Ursprung auf die dem Zwölftafelgesetz folgende alte juristische Tätigkeit zurückzuführen ist (Erzeugung der regula und der quid est definitio) — werden aus der Methode der Dialektik gegeben, die unmittelbar in Aristoteles’ Topika festgesetzt ist.<sup>96</sup> Die Dialektik bedeutete in der Antike die Fähigkeit, womit je-

<sup>96</sup> H. Coing (Zur Methodik der republikanischen Jurisprudenz. St. V. Arangio-Ruiz I. Napoli, 1952. S. 366) hat darauf hingewiesen, daß es in den Büchern 4 und 6 der Topika von Aristoteles festgesetzt wird, „die Kunst in den Einzelercheinungen Gemeinsames und Unterscheidendes zu erkennen, danach Art- und Gattungsbegriffe zu bilden, die Methodik der Definition, die Unterscheidungen der verschiedenen Be-

mand die Wahrheit durch die Klarlegung der in der Argumentierung der Gegenpartei befindlichen Widersprüche festgestellt hat. Es folgt hieraus, daß Cicero — als er die auf der dialektischen Methode der griechischen Philosophie beruhenden Kriterien zu Kennzeichen der römischen Rechtswissenschaft machte — für eine der wichtigsten Aufgaben der Rechtsgelehrten die durch Streite geschehende Aufklärung der gegensätzlichen Ansichten anzusehen hatte. Außerdem betont er die Erkennung des inneren Zusammenhanges zwischen den einzelnen Rechtsfällen und dessen Ausdruck als eines der Kriterien der Rechtswissenschaft. Er macht Vorwürfe einigen Juristen, stellend sie Servius gegenüber, weil sie die einzelnen Rechtsfälle trotz des inneren Zusammenhanges getrennt untersuchen, obwohl diese eine Einheit bilden:

„Sed iuris consulti ... saepe quod positum est in una cognitione, id in infinita dispertuntur“ (De leg. 2. 47).

Ein Rechtsgelehrter kann also, Cicero nach, es sein, der — und hier nimmt er Servius zum Vorbild — im Besitz der aristotelischen Denknormen, näher der dialektischen Methode, ist und diese anwendet. Wir sollen diese Feststellung für das Zeitalter, in dem er und Servius lebten, unbedingt annehmen. Wir müssen aber auf die Voreingenommenheit, womit Cicero seinem besten Juristfreund, der in Rhodos einst sein Schulkamerad in der Rhetorschule war: Servius, zugetan war, Rücksicht nehmen. Deshalb sollen wir von diesem einzigen Gesichtspunkt aus, was er sagt mit Vorbehalt aufnehmen.

3. Untersuchen wir nach diesen, ob die drei Juristen, von denen Pomponius behauptet, daß sie „fundaverunt ius civile“, sowie der Jurist, der „ius civile primus constituit generatim“ (D. 1. 2. 2. 39 und 41), im Besitz der dialektischen Methode waren, ob sie diese angewendet haben und ob ihre juristische Tätigkeit als wissenschaftlich qualifiziert werden kann.

Es ist zweifellos, daß weder Manilius (von cca 195 bis zur zweiten Hälfte des Jahrhunderts), noch Brutus (von cca 182 bis zur zweiten Hälfte des Jahrhunderts), noch P. Mucius (cca 176—115)<sup>97</sup> außerhalb des Geltungsbereich der hellenistischen Philosophie stehen konnten. Wie erwähnt, Manilius gehörte zum sog. grex Scipionis, bei Brutus sehen wir die Wirkung der hellenistischen Dialektik seinen im Dialog, in dieser griechischen literarischen Form geschriebene drei Büchern (Cic. Cluent. 141) und P. Mucius Scaevola war — obwohl er einige Floskeln der pontifikalischen Jurisprudenz noch mit sich trug — im allgemeinen der Anhänger der stoischen Philosophie.<sup>98</sup>

Die Wirkung der Dialektik zeigt sich übrigens in der definitio des Manilius vom nexum (Varro De 1. lat. 5. 105), in der des P. Mucius vom ambitus aedium (Cic. Top. 24); Brutus gibt die philosophische Erklärung, warum der „partus ancillae“ keine Frucht ist (D. 7. 1. 68) und diese Ansicht mag das Ergebnis der Streite der drei Juristen gewesen sein (Cic. De fin. 1. 12); Modestinus spricht über einen anderen Streit zwischen Brutus und P. Mucius bezüglich einer mit einem in Kriegsgefangenschaft gefallenen römischen Bürger ver-

---

deutungen der Worte, die richtige Form der Argumentation durch Schlüsse usw.“ — Gleichfalls verweist Coing (Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts. SZ 69 (1952) S. 33) auch darauf, daß Cicero in Topica dem Trabatius solche Lösungen empfiehlt, die sich auf Aristoteles zurückzuführen lassen (argumentum a similitudine, a maiore, a differentia, ex contrario).

<sup>97</sup> Pólay, Gesellsch. u. Recht. I. S. 151.

<sup>98</sup> Krüger a. A. O. S. 50. Note 5. — Siehe noch Wieacker: Die römischen Juristen in der politischen Gesellschaft der zweiten vorchristlichen Jahrhunderte. Sein und Werden im Recht. Festgabe für U. v. Lübtow. Berlin, 1970. S. 183 ff.

bundenen Frage (D. 49. 15. 4). Diese Streite sind im allgemeinen erst im klassischen Zeitalter zum Ruhepunkt gelangt. Es kam aber vor, daß die zwischen Brutus und Manilius fortgesetzte Diskussion schon in ihrem Zeitalter entschieden wurde, wie z. B. in der Frage des Schatzfundes (D. 41. 2. 3. 3). Außerdem kann auch die erste Darstellung der Kategorie der culpa auf M. Mucius zurückgeführt werden.<sup>99</sup>

Die drei „fundatores“ haben eine unterrichtende (Cic. De or. 3. 133. — De leg. 2. 47. — D. 1. 2. 2. 40) und außerdem auch eine literarische Tätigkeit ausgeübt. Manilius hat eine Formularsammlung (Manilianae venalium vendendorum leges), Brutus in Dialogform ein Lehrbuch und alle drei haben Responsensammlungen geschrieben.<sup>100</sup> Ihre Tätigkeit bezeichnet also den Übergang von Jurisprudenz in die Rechtswissenschaft und sie wurden von Pomponius mit Recht die „Begründer der Rechtswissenschaft“ genannt.

4. Was ist doch der Unterschied zwischen den Lebenswerken der drei Juristen und Q. Mucius Scaevola? Diese Trias hat die auch der alten juristischen Tätigkeit manifestierte Definitionsjurisprudenz vervollkommenet, in Streiten ihre gegensätzlichen Ansichten bereinigt, benützte auch die durch die Dialektik angewendete Dialogform um ihre Gedanken auszudrücken, ganz zu schweigen davon, daß ein solcher Begriff, wie die Fahrlässigkeit (culpa), wenn auch nicht in der Form einer definitio aber als eine rechtliche Erscheinung erst von P. Mucius ausgedrückt wurde. Die Kennzeichen der Dialektik, die Cicero (Brut. 152) anführt, können bei der Trias dennoch nicht vollständig gefunden werden, so in erster Linie die Kategorisierung.

Q. Mucius Scaevola (140—82) war durch viele Fäden mit den drei „fundatores“ verbunden. Der Vater, P. Mucius hat seine konservative Anschauung, die in Verbindung mit der causa Curiana ganz klar zu sehen ist, auf seinen Sohn vererbt. Außerdem war in der Familie auch der pontifikale Einfluß fühlbar (auch Q. Mucius selber war pontifex maximus). Dies war die andere Ursache seiner Steifheit, den Cicero auch verhöhnte (Ad fam. 7. 10). Dessen ungeachtet stützt sich seine Tätigkeit auf die Produkte dieser Trias; die zwei andere Mitglieder deren (Manilius und Brutus) von der Dialektik schon ziemlich durchdrungen waren (die definitio des Manilius, das in Dialog geschriebene Werk des Brutus). Die hellenistische Wirkung manifestiert sich in Q. Mucius' Buch: „Heron liber singularis“, das das erste in seiner Gänze nach einer bestimmten Abstraktion strebende Werk in der vorklassischen Zeitalter ist (die Trennung des Rechtsfalles von den Rechtswirkungen). In der Etymologie der Worte „aqua pluvia“ und „pluere“ (Cic. Top. 38—39) geht er über die einfache Definierung, streitet in der Frage von verbum-voluntas; er ist der erste, von dem die generative Klassifizierung der tutela und possessio fortbestand (Gai. 1. 188. — D. 41. 2. 3. 23) und in diesem überholte er unbedingt die Ergebnisse der fundatores. Pomponius sagt nämlich, daß Q. Mucius war, der „ius civile primus constituit generatim“ (D. 1. 2. 2. 41).

Außerhalb dieses quantitativen Unterschiedes, überholte er seine drei Vorläufer auch qualitativ. Sein in 18 Büchern geschriebenes, „Ius civile“ betitelt

<sup>99</sup> Der Begriff der culpa wurde im Mitgiftprozeß der Witwe des C. Gracchus: Licinnia — zweifellos mit gewisser Rabulistik und unbedingt aus politischen Gründen — erst von P. Mucius dargelegt, natürlich in kasuistischer Form: „Ea sententia Publii Mucii est... quod res dotales in ea seditione, qua Gracchus occisus est, perissent, ait quia Gracchi culpa ea seditio facta esset, Licinniae praestari oportere“ (D. 24. 3. 66.).

<sup>100</sup> Pólay, Gesellsch. u. Recht I, S. 165 ff.

Werk (Pomp. D. 1. 2. 2. 41) mag dies bedeuten. Es mag kaum eine Formularsammlung gewesen sein, denn diese Gattung war mit Manilius zu Ende und dies wurde auch durch die Fragmente des *Ius civile* von Q. Mucius gezeigt. Es konnte auch kein Kommentar sein, denn es ist mit einem schon bestehenden literarischen Werk verbunden. Da aber es weder eine Monographie noch ein Lehrbuch sein konnte, mußte es eine Responsensammlung sein, als die von Manilius oder Brutus. Das „*Ius civile*“ sollte ein völlig kasuistisches Werk sein, das aber ein System vorweist.

Die Rekonstruktion von Schulz<sup>101</sup> verweist auf ein sehr entwickeltes System. Ihr grundlegender Fehler ist aber, daß sie pandektistische Kategorien (Erb-, Personen-, Sachen-, Schuldrecht) auf die Tätigkeit des Q. Mucius zurückzuführen wünscht. Viel realer ist die Krügersche Rekonstruktion, die aufgrund des „*Ad Q. Mucius*“ betitelten Kommentars von Pomponius ausgearbeitet wurde. Dies zeigt das folgende Bild: a) testamentum, legatum, Intestatbeerbung (Pomponius, lib. 1—10), b) Freilassung, Wegerechte, aqua pluvia, Vertrag durch eine Drittperson, stipulatio, tutela, lex Aquilia, statuliberi, patria potestas (Pomp. lib. 12—20), c) Besitz, usucapio, non usus, usucapio libertatis (Pomp., lib. 23—26), d) Kauf und Miete, Wasserbenutzungsberechtigungen, Gemeinschaft und societas, postliminium, furtum (Pomp., lib. 31—38).<sup>102</sup>

Untersuchen wir dieses Programm — wir vermögen doch nur darüber zu sprechen — inhaltlich, so können wir eine gewisse Konzentrierung abstrahierenden Charakters der auf den Stoff des *ius civile* bezüglichen responsa in zwei Stellen, in der Beziehung der zuerst vorkommenden Beerbung und des an der dritten Stelle vorkommenden Besitzes auffinden und eventuell in dem letzten, mit den Obligationen verbundenen Teil, wo aber die Einheit durch das postliminium und die hinsichtlich der Wasserbenutzungsberechtigungen zusammengestellte responsum-Gruppe gestört wird.

In Kenntnis der Obigen können wir riskieren festzustellen, daß hinsichtlich der Systematisierung der responsa ein qualitativer Unterschied zwischen den responsum-Sammlungen der fundatores und des Q. Mucius bestand, um so eher, weil das von Lenel zusammengestellte sog. Sabinussystem sich in seinem ersten Kapitel jedenfalls auf das von Q. Mucius vorangeschickte Erbrecht stützt, wenn es auch davon in anderen Beziehungen abweicht.<sup>103</sup>

Die Tätigkeit des Q. Mucius beruht also auf dem Lebenswerk seiner drei Vorläufer. Er erweitert die von diesen angewendete dialektische Methode mengemäßig und tritt einen Schritt qualitätsmäßig vor, auf die Abstraktion zu, als er beginnt, das wissenschaftliche literarische System auszubauen. Zur selben Zeit legte er kein Gewicht auf das dann schon im großen und ganzen ausgestaltete Material des großartigen Warenaustauschrechtes der Zukunft, des

<sup>101</sup> Schulz a. a. O. S. 112.

<sup>102</sup> Krüger a. a. O. S. 64—65.

<sup>103</sup> Lenel: *Paligenesia* II. S. 1257 ff. — „Auch wenn das generatim componere — sagt Schmidlin (Horoi, pithana und regulae. ANRW II, 15. S. 106) — keineswegs dem gaianischen Lehrbuch vorwegnimmt, noch etwas einen dialektischen Aufbau der gesamten Rechtsmaterie nach der Planskizze Ciceros im 'Brutus' darstellt, so dürfte daran so viel richtig sein, daß Mucius die Rechtseinrichtungen von der Einzelkasuistik ablösen und im allgemeinen genera erfassen wollte“. — Wir sind übrigens mit der Ansicht von Wieacker (Über das Verhältnis der römischen Fachjurisprudenz zur griechisch-hellenistischen Theorie. IURA 20 (1969) 2. S. 448 ff.) völlig einverstanden, in dessen Sinne ein wirkliches dialektisches System zum erstenmal von Gaius — u. zw. nur in Elementarliteratur — erschaffen wurde.

prätorischen Rechtes. Es ist wahrscheinlich, daß er in dieser Beziehung nur eine mündliche gutachtenabgebende Tätigkeit entfaltete.

5. Was war aber das Verhältnis von Servius zur Dialektik?<sup>104</sup>

Die hellenistische Rhetorik hinterließ tiefe Spuren auf ihm, ebenso wie auf seinem Freund und Schulkamerad Cicero, mit dem er die Vorlesungen des Rhetors Apollonios Molon in Rhodos zusammen besuchte (Brut. 151). Nach ihrer Heimkehr wählte aber Servius die Laufbahn eines Juristen und Cicero die eines Rhetors.

Die wissenschaftliche Anwendung der dialektischen Methode äußert sich in den bündigen und feingeschliffenen Definitionen des Servius über die tutela (D. 26. 1. 1. pr) und den dolus malus (D. 4. 3. 1. 2).

Er ist ein Meister der Etymologisierung, wie es in Verbindung mit den Worten testamentum (Gell. 7. 12), noxia (Festus 174) und vindicia (Festus 367) zu sehen ist.

Er klassifiziert das furtum generatim, kennt das furtum manifestum, nec manifestum, conceptum und oblatum (Gai. 3. 183).

Seine regula-erschaffende abstrahierende Fähigkeit weist auf eine hochgradige rhetorische Geschultheit hin, wie es in Verbindung mit der Auslegung der Rechtsnormen gesehen werden kann:

„Duobus negativis verbis quasi permittit lex magis, quam prohibuit“ (D. 50. 16. 237).

Und daß er die Dialektik auf dem Niveau der Wissenschaft (ars) angewendet hat, ist durch Ciceros Feststellung wahrscheinlich gemacht (obwohl dies von der Befangenheit des Freundes nicht ganz frei sein konnte):

„Existumo iuris civilis magnum usum et apud Scaevolam et apud multos fuisse, artem in hoc uno (sc. Servio)“ (Brut. 152).

Seine Tätigkeit ist zweifellos mehr nach vornweisend als die des Q. Mucius. Die Berufung des Q. Mucius auf die Autorität der Vorläufer wird schon von Cicero für lächerlich naiv gehalten (Ad fam. 7. 10), obwohl dieser manchmal noch auf die Autorität seines Vaters (P. Mucius) als ein entscheidendes Argument verweist: „ex patre audiui“ — sagt er (Cic. De leg. 2. 47). Q. Mucius beschäftigte sich noch nicht (höchstens durch mündliche responsa) mit dem prätorischen Edikt, diesem das großartige Warenaustauschrecht regelnden Material, als der Grundlage der Rechtswissenschaft der Zukunft, sondern nur mit dem steifen Zivilrecht. Servius interpretiert es zuerst in seinem Werk: Ad Brutum (D. 1. 2. 2. 44):

„Servius duos libros ad Brutum perquam brevissimos ad edictum subscriptos reliquit“.

Es war nicht ohne Grund, daß der die Dialektik am meisten annehmende Jurist der Republik sich auf das prätorische Edikt zuwendete. Er war ein Mitglied der sich dann ausgestaltenden neuen Herrscherschicht, des Rittertums. Seine Tätigkeit bedeutet die Verdrängung des senatorischen Elements aus der Rechtswissenschaft und die Eindringung des Ritterstandes dahin (Kunkel).<sup>105</sup> Das elastische prätorische Recht entsprach diesem Zweck mehr, als das steife Zivilrecht. Die Kultivierung des ius honorarium beginnt also mit Ser-

<sup>104</sup> Lucilius und Aquilius, die Scaevola-Anhänger, waren seine Meister (Cic. Brut. 154. — Pomp. D. 1. 2. 2. 43). .

<sup>105</sup> Kunkel: Rechtsgesch.<sup>4</sup> S. 96.



vius.<sup>106</sup> Außerdem fällt — wie Kübler sagt<sup>107</sup> — die Tätigkeit von Servius auf die der Rezeption des Formularverfahrens in das Zivilrecht folgende Zeit, als außer den formulae in ius conceptae die Bildung der in factum conceptae Formeln eine entscheidende Bedeutung bekommt. Dann werden die Kategorie der contractus, die Grundlagen und einige Stufen der Haftung, das Besitzschutzsystem, neben dem legatum das fideicommissum ausgebildet. In der Zeit von Servius tat also die römische Rechtsentwicklung den größten Schritt vorwärts.

6. Die Denkweise der Juristen dieses Zeitalters wird also schon durch die dialektische Methode durchdrungen. Dies manifestiert sich in der Generalisierung der auf das Zeitalter des alten Rechts zurückzeigenden regula- und definitio-Erschaffung, in der „generatim“ geschehenden Klassifizierung (distinctio, differentia), in dem jetzt schon in ciceronischem Sinn genommenen interpretatio (= Auslegung),<sup>108</sup> und hauptsächlich in den auf die Systemerschaffung gerichteten ersten Versuchen. Deshalb vermögen wir das Produkt dieser juristischen Tätigkeit vom Zeitalter des drei Juristen, nach der Methode des juristischen Denkens, dialektische Rechtswissenschaft nennen.<sup>109</sup>

## D)

1. Die griechische Philosophie hatte aber auch eine andere Wirkung. Diese ersucht gewisse Begriffe, die die römischen Rhetoren und Juristen<sup>110</sup> für sehr geeignet dazu hielten, mit ihrer Rezipierung die Auflockerung der steifen Kategorien des ius civile zu beschleunigen und die zwischen den steifen und elastischen Warenaustauschrechten bestehenden Grenzen auflösend, das großartigste Warenaustauschrecht der antiken Welt zu erschaffen.

2. Dieser Vorgang war einerseits mit der Umwandlung der bona fides zu

<sup>106</sup> Kunkel: Rechtsgesch. 4 S. 96.

<sup>107</sup> B. Kübler, PW 4 A 859.

<sup>108</sup> Die Ansicht Fuhrmanns (a. a. O. S. 80 ff. 101 ff), wonach die einzige Bedeutung der interpretatio die „Auslegung“ sei, ist vom Beginn der dialektischen Rechtswissenschaft ab schon zutreffend. — Die Entstehung der regulae und definitiones unterstützen übrigens den Standpunkt von Nörr (Zum Traditionalismus der römischen Juristen, Festschrift f. W. Flume, 1978, S. 161 ff.), im dessen Sinne in der Denkweise der römischen Juristen die Fortschrittlichkeit vom Traditionalismus nicht ausgeschlossen wird; im Gegensatz: melden sich diese Erscheinungen in einer gewissen Einheit in den Quellen des römischen Rechts.

<sup>109</sup> „Ciceros Reden — sagt G. Broggin (Aus Ciceros Anwaltstätigkeit, Coniectanea. Milano, 1966, S. 329) — haben uns gezeigt, daß die gerechte Einzelentscheidung den Einsatz der dialektischen Vernunft erfordert“.

<sup>110</sup> „In der geistigen Welt der Rhetorik lebten... nicht nur die Oratores, sondern auch die iurisconsulti; mit vollem Recht hat Viehweg gesagt, daß der Modus des Denkens bei den Juristen und Rhetoren der gleiche ist“ — sagt Broggin (a. a. O. S. 329). Dies wird auch durch Trabatius' Fall unterstützt, der Cicero als Verteidiger gegenüber als Ankläger-orator unterlag und die Laufbahn der iurisconsulti einschlug (Krüger a. a. O. S. 75). Über einen ähnlichen Fall spricht Schmidlin (Horoi, pithana und regulae ANRW II. 15, S. 104) in Verbindung mit Servius und dann stellt fest: „Es ist... unwahrscheinlich, daß Juristen, wie Mucius Scaevola... deren dialektische Bildung von den Zeitgenossen bezeugt wird, ihr erlerntes Denken vor der Tür der Jurisprudenz ablegten, um nach Art der altväterlichen Kautelarjurisprudenz zu respondieren“.

einer rechtlichen Kategorie, andererseits mit der Regelung des mit den Fremden ausgeführten Handelsverkehrs verbunden.<sup>111</sup>

Die fides mag eine sakrale Anerkennung erhaltende Verpflichtung gewesen sein, die auf das Worthalten gerichtet war. Sie geriet so auf das Gebiet des Privatrechts, daß sie durch die prätorische Rechtserzeugung „quidquid dare facere oportet ex fide bona“ einklagbar gemacht wurde. Das gegebene Wort war aber bei allen Völkern vermutlich gleicherweise von bindender Kraft, wenn es auch anfänglich mit keinen rechtlichen Konsequenzen verbunden war. In dem mit Fremden ausgeführten Warenaustauschverkehr, wo der Kauf das Grundgeschäft ist, soll die bona fides schon früh eine prätorische Anerkennung erhalten haben, während gewisse bonae fidei Rechtsverhältnisse (fiducia, tutela) nur unter römischen Bürgern die Anerkennung erhalten konnten.<sup>112</sup> Bei Cicero entwickelten sich schon auf alle Fälle die emptio-venditio, locatio-conductio, mandatum, societas, sowie die auch im Peregrinenverkehr durchdringenden bonae fidei contractus. Die negotiorum gestio erscheint gleichfalls als eine bonae fidei obligatio neben den nur auf die Bürger bezüglichen fiducia und tutela (Cic. De off., 3. 70. — Top. 42. 66). Die für die Durchsetzung der auf den bonae fidei Rechtsverhältnissen beruhenden Rechte dienenden bonae fidei iudicia dringen der Tätigkeit der Juristen zufolge mehr und mehr in das Privatrecht ein. Die rezipierten philosophischen Kategorien waren bereuen, diesen Fusionsprozeß ideologisch zu unterstützen. Die drei, aus der hellenistischen Philosophie übernommenen und entsprechend gestalteten Kategorien waren:

- a) aequitas,
- b) ius naturale und
- c) ius gentium.

3. Aristoteles stellt dem Gesetz νόμος die Billigkeit ἐπιείκεια gegenüber (Eth. Nic. 1137 ff. — Rhet. 1374 a, 27 ff). Es entwickelt sich daneben in der griechischen Philosophie der Begriff des κάλον και δίκαιον<sup>113</sup> Die Projektion des Begriffspaares ist bei den Römern ius und aequitas, bzw. „bonum et aequum“. Der letztere Ausdruck lebte zuerst in der nicht-rechtlichen Literatur um die Wende des 3. Jahrhunderts bei Plautus (Menechmi 4. 2. 10), während er im rechtlichen Schrifttum in einem zwischen 190 und 160 entstandenen senatusconsultum,<sup>114</sup> also im Zeitalter der drei fundatores iuris civilis erschien. Im prätorischen Edikt, dessen eigentliche Ausgestaltung auf die letzten anderthalb Jahrhunderte der Republik zu tun ist, läßt sich dieser Ausdruck in der Form „quanti aequum iudici videbitur“ und „quod eius melius aequius erit“ finden.<sup>115</sup>

Der Begriff der aequitas, des „aequum“ kommt im römischen Recht in zwei Richtungen zur Anwendung. Er bedeutet den ideologischen Ausdruck des entwickelten, elastischen, der Billigkeit stattgebenden Warenaustauschrechts, des prätorischen Rechts, und andererseits die „Gleichheit“. „Par, quod in omnes aequabile est“ — sagt Cicero (De inv. 2. 68). Aber auch die späteren Verfasser, deren Ansichten nach aequum ius = par ius, weisen darauf hin. So war die aequitas nicht nur geeignet, mit der Rezeption der „Billigkeit“ in

<sup>111</sup> Kaser: RPR I.<sup>2</sup> S. 485–486.

<sup>112</sup> Kaser: RPR I.<sup>2</sup> S. 486.

<sup>113</sup> F. Pringsheim: Bonum et aequum. SZ 52 (1932) S. 88.

<sup>114</sup> Pringsheim, SZ 52 (1932) S. 91 ff.

<sup>115</sup> Lenel: Ed. Perp.<sup>3</sup> S. 173. & 228., sowie 304.

die Rechtswissenschaft die Grenzen des steifen, formalen Privatrechts aufzulockern, sondern auch für die Erschaffung der ideologischen Grundlage der unter den freien Menschen befindlichen formalen Verkehrsrechtsgleichheit (zwischen Bürgern und peregrini), ohne die kein Warenaustauschverkehr bestehen konnte. Darauf weist Cicero (Top. 9) hin, als er das Privatrecht mit der *aequitas* identifiziert:

„Ius civile est *aequitas* constituta iis, qui eiusdem civitatis sunt.“<sup>116</sup>

4. Eine ähnlichen Zwecken dienende andere philosophische Kategorie ist die lateinische Übersetzung des griechischen *φύσει δίκαιον* das *ius naturale*. Dieser Begriff kann im römischen Schrifttum zuerst bei Cicero gefunden werden (Or. part. 130. — De inv. 2. 67. — 2. 160. — 2. 162), wo er — dem obigen Zweck entsprechend — als die Grundlage des Privatrechts vorkommt. Es wäre unmöglich gewesen, das alte, strenge positive Recht mit einem philosophischen Begriff gründlicher verwirren, als es Cicero in diesem Fall tat.<sup>117</sup> Die Rezeption dieses Begriffes bedeutete also ebenso viel hinsichtlich der Beförderung des erwähnten Nivellierungsprozesses, wie die der *aequitas*. Was sei also, Ciceros Meinung nach, was die Grundlage des Privatrechts bildet:

„Ea est enim naturae vis; ea mens ratioque prudentis; ea iuris atque iniuriae regula“ (De leg. 1. 19),

d. h.: Das *ius naturale* sei die Kraft der Natur, die Denkweise des vernünftigen Menschen, die Vernünftigkeit, das Maß des Rechts und Unrechts.

5. Die Ausdrücke *ius gentium*, sowie *ius belli ac pacis* werden zuerst von Sallustius (Iug. 22. 4. — 35. 7), dann von Cicero (Pro Rab. Post. 42) benützt, später aber — und in diesem Sinne wird er auch vom Cicero zuerst benützt, als ein früher schon angewendeter Begriff — als die Übersetzung des griechischen *φύσει δίκαιον* das mit dem *ius civile* in einer engen Verbindung steht:

„maiores aliud *ius gentium*, aliud *ius civile* esse voluerunt. Quod civile, non idem continuo *gentium*, quod autem *gentium*, idem civile esse debet“ (De off. 3. 69).

In der klassischen Rechtswissenschaft denkt Gaius (I. 1) das *ius gentium* auf der *naturalis ratio* zu beruhen, das sich Florentin nach nur insofern vom *ius naturale* unterscheide, daß die Sklaverei ein Institut des *ius gentium* ist, weil sie bei jedem Volk gleicherweise gefunden werden kann, aber kein Institut des *ius naturale*, weil sie naturwidrig ist (D. 1. 5. 4. 1).

In der Literatur sind die Meinungen darüber geteilt,<sup>118</sup> ob das *ius gentium* in dem letzteren Sinn ein wirkliches Recht sei oder eine philosophische Kategorie. Daß die römischen Juristen oft über das Institut des *ius gentium* sprechen (z. B. über die Ehe dem *ius gentium* gemäß, über die Weisen des Eigentumserwerbs dem *ius gentium* gemäß), scheint darauf hinzuweisen, daß es ein positives Recht war. Da aber die Quellen das *ius gentium* mit dem *ius naturale*, einem auf der *naturalis ratio* beruhenden „Vernunftrecht“ (Gaius), also zweifellos mit einer philosophischen Kategorie identifizieren, da ferner sie darunter ein solches Recht verstehen, das jedes Volk verwendet, obzwar ein solches Recht in der Wahrheit nicht bestehen kann, weil keine überstaat-

<sup>116</sup> Brósz R.—Pólay E.: *Római jog* (Römisches Recht).<sup>2</sup> Budapest, 1976, S. 48.

<sup>117</sup> Th. Mayer—Maly: *Gemeinwohl und Naturrecht bei Cicero*. Fschft. f. Verdross. Wien, 1960, S. 196 ff. Vgl. die auf das römische Naturrecht bezügliche Literatur bei Schulz a. a. O. S. 87.

<sup>118</sup> Vgl. die Literatur bei Schulz a. a. O. S. 88.

liche Zwangsorganisation ist, und auch nicht war, um sein Durchdringen bei allen Völkern erzwingen zu können, so sei das *ius gentium* unbedingt eine philosophische Kategorie.<sup>119</sup>

Die auf die Verbindung zwischen dem *ius gentium* und dem *civile* bezügliche Feststellung von Cicero, d. h. „*quod autem gentium, idem civile esse debet*“, gibt wiederholt einen geeigneten ideologischen Grund, die Grenzen zwischen *ius civile* und *ius praetorium* aufzulockern.

Schulz<sup>120</sup> — mit einer ziemlich steifen Auslegung der oben angeführten Textteile — weist darauf hin, daß die drei, aus der griechischen Philosophie rezipierten Begriffe für die Juristen der Republik unbekannt waren. In seiner Feststellung stützt er sich darauf, daß diese Kategorien zuerst im allgemeinen von Cicero erwähnt wurden und erst nach ihm von den klassischen Juristen. Daneben fügt er noch hinzu, daß Cicero ein Rhetor war und kein Jurist, und daß ein Rhetor mit der Rechtswissenschaft nur wenig zu tun gehabt habe.

Diese Auffassung widerspricht aber grundlegend der allgemeinen literarischen Anschauung. Es gilt zunächst einmal nicht, daß der Rhetor mit der Rechtswissenschaft nur wenig zu tun hatte. Dies wurde von Kunkel<sup>121</sup> und Broggin<sup>122</sup> gleicherweise dargelegt und zuletzt auch von Tomulescu<sup>123</sup> bestätigt. Dieser letzte führt aus Ciceros Werken die Definition oder Umschreibung von mehr als 400 rechtlichen Begriffen an. — Es ist zweifellos, daß Cicero zunächst ein Rhetor und nur danach ein Jurist war, aber jedenfalls ein Jurist, dessen Werke sozusagen die wertvollste Quelle der republikanischen Rechtswissenschaft bedeuten. Bei ihm finden wir die Umschreibung, Definierung der theoretischen Begriffe des römischen Rechts und daneben gibt es kein Gebiet des Rechtslebens, wo Cicero nicht etwas gesagt hätte, was nicht das ernste Interesse verdiente. Es unterliegt keinem Zweifel, daß der oratorische Elan ihn manchmal hinriß. Er war aber ein guter Kenner des Rechts; dies war ja notwendig für einen Gerichtsredner.

Außerdem kann die Feststellung, daß die republikanischen *iuris consulti* diese drei Begriffe nicht gekannt hätten, aus dem Schweigen der Quellen nicht gezogen werden. Die vorciceronische Kenntnis von diesen wird auch damit verwahrscheinlicht, daß der Begriff der *aequitas* (*aequum, aequus*) im prätorischen Edikt schon erwähnt wurde und dies schon vor Ciceros Zeit ins Edikt gelangen mußte. Und die Verfassung des Edikts war die Aufgabe des bei dem Prätor tätigen *consilium* der *iuris consulti*. Es ist zwar zweifellos, daß über das *ius naturale* — unserer Kenntnis nach — vor Cicero nichts erwähnt wurde. Über das damit so eng verbundene *ius gentium* sagt aber Cicero, daß „*maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt*“ (*De off.* 3. 69). Dies scheint zweifellos auf die auf den Begriff philosophischen Sinnes des *ius gentium* bezügliche Ansicht der früheren Juristen hinzuweisen. Es ist wahr, daß der rhetorische Elan Cicero manchmal hinriß, aber es ist eben er, der die Berufung auf die Autorität der Vorläufer wie eine Naivität verspottet und zwar

<sup>119</sup> Brósz—Pólay a. a. O. S. 49.

<sup>120</sup> Schulz a. a. O. S. 86 ff.

<sup>121</sup> Kunkel; Rezension über Schulzens angeführtes Werk, SZ 68 (1951) S. 564.

<sup>122</sup> Broggin a. a. O. S. 329.

<sup>123</sup> Tomulescu a. a. O. S. 246—254. „Cicero war — sagt Tomulescu (a. a. O. S. 233—234) — kein Rechtsgelehrter im technischen Sinne des Wortes, jedoch auch kein oberflächlicher Kenner des Rechtes. Cicero war deshalb kein Rechtsgelehrter, weil seine Tätigkeit nicht der Tätigkeit eines Rechtsgelehrten, wie er sie sogar selbst definiert, entspricht“.

in einem dem Trabatius geschriebenen Brief (Ad fam. 7. 10), worin er darüber spricht, daß es gut ist, „in der Kälte hinter dem warmen Ofen zu hocken, wie es schon auch Mucius und Manilius festgestellt hatten“.

6. Danach bleibt nurmehr die Frage ob Cicero — da diese drei philosophischen Kategorien expressis verbis zuerst bei ihm vorkommen — als ein Respondierjurist qualifiziert werden könne.

Es ist zweifellos, daß Cicero die Tätigkeit „agere“ regelmäßig ausführte und diese Tätigkeit im weiteren Sinn auch zur Tätigkeit „respondere“ gehört, umso eher, weil er auch in Verbindung damit rechtliche Ratschläge erteilte. Das sehen wir z. B. in Verbindung mit dem von M. Marius ihm anvertrauten Kaufvertrag, als Cicero nach einer Handlung mit den im Kauf interessierten Erbenossen die Vertretung des Falles von Marius annimmt (Ad fam. 7. 2.). Und ein in einem ausdrücklicher engeren Sinn genommenes responsum ist durch seine Äußerung bestätigt, die ein seinem Freund Trebatius geschriebener, mit der Anwendung der actio furti verbundener Brief enthält:

„Illuseras heri inter scyphos, quod dixeram, controversiam esse, possetne heres, quod furtum antea factum esset, recte furti agere. Itaque, etsi domum bene potus seroque redieram, tamen id caput, ubi haec controversia est, notavi, et descriptum tibi misi: ut scires, id quod tu neminem sensisse dicebas, Sex. Aelium, M. Manilium, M. Brutum sensisse. Ego tamen Scaevolae et Testae assentior“ (Ad fam. 7. 22).

Auch Ciceros „De iure civile in artem redigendo“ betiteltes Werk scheint dies zu verwahrscheinlichen, das wahrscheinlich eine responsum-Sammlung war (nicht erhalten).<sup>124</sup> Daß Cicero nur agere- und respondere-Tätigkeiten ausübte, wird durch De leg. 1. 14 gezeigt, wonach:

„libellos conficiam de stillicidiorum ac de parietum iure? Aut ut stipulationem et iudiciorum formulae componam? ... et sunt humiliora, quam illa quae a vobis expectari puto“.

Cicero unterschätzte also die Formularjurisprudenz und stellte fest, die Rechtswissenschaft „ex intima philosophia hauriendam (esse)“ (De leg. 1. 17).

7. Die drei philosophischen Kategorien drangen also offenbar schon vor Cicero in die römische Rechtswissenschaft ein und wurden zuerst von Cicero der nicht nur ein Rhetor, sondern auch ein Jurist war,<sup>125</sup> registriert.

## VIII

Über die vorklassische Rechtswissenschaft sind also die Folgenden festzustellen:

a) die cavere-iurisprudencia (Formularjurisprudenz) gliedert sich in Kautelar- und Klagenformularjurisprudenz auf und ihre Folge ist die Denkweise in Geschäfts- und Klageformularen. Vom Beginn des Prinzipats ab beschränkt sich aber diese Jurisprudenz eher auf das Feinen der Formulare und die Bildung von utiles actiones;

<sup>124</sup> M. Schanz: Geschichte der römischen Literatur. 4. Aufl. von Hosius 1. 171. §. 6. — Schulz a. a. O. S. 83. — Tomulescu a. a. O. S. 233.

<sup>125</sup> Die Obigen scheinen Tomulescus Ansicht (a. a. O. S. 234), wonach Cicero deshalb nicht als Jurist qualifiziert werden könne, weil er die von ihm als juristische Tätigkeit qualifizierten Tätigkeiten nicht ausgeübt hatte, zu widerlegen. Den Obigen gemäß hat er diese (agere, respondere) ausgeführt, aber nur als eine „Nebenbeschäftigung“.

b) die *agere-iurisprudentia* wird lebhafter, weil dem hellenistischen Einfluß zufolge die Bedeutung der Gerichtsredner zunimmt und auch weil die Auswahl der entsprechenden Klageformel eine ernste Fachkenntnis beansprucht. Es erscheint im Rahmen dieser eine kasuistische Denkweise, herbeiführenden Tätigkeit auch eine prinzipielle Frage: das Problem des Primats des *verbum* und der *voluntas* (*causa Curiana*). Mit dem Prinzipat aber untergeht die Bedeutung der Oratoren, und so wird auch diese Tätigkeit in den Hintergrund gedrängt;

c) die in einem engeren Sinn genommene respondierende Tätigkeit bedeutet die ungebundene juristische Begutachtung und ist in vier Kategorien zu verteilen und zwar a) Regularjurisprudenz, b) Definitionsjurisprudenz, c) dialektische Rechtswissenschaft, d) und philosophische Rechtswissenschaft. Die zwei ersten können nur teilweise, dem hellenistischen Einfluß zufolge als Rechtswissenschaft qualifiziert werden, während die zwei letzteren dem Streben nach der Abstraktion zufolge ausgedrückt eine Rechtswissenschaft sind.

d) Die Wurzeln der Regularjurisprudenz reichen bis zur *interpretatio* des Zwölftafelgesetzes zurück. In der Zeit der ersten bekannten *regula*, der r. *Catoniana*, ist die hellenistische Wirkung noch gering. Diese *regula* bezieht sich auf einen konkreten Rechtsfall, enthält keine verbindliche Kraft, besaß einen prinzipiellen Kern; sie ist also eine kasuistische Erscheinung, mit gewisser abstrakten Färbung. Die in der übriggebliebenen Zeit der Republik erschaffenen *regulae* entweder bewahren die Namen gewisser Juristen (Q. Mucius, Servius) oder widerspiegeln — ohne ihre Erzeuger zu bezeichnen — eine *communis opinio* gewordene Anschauung und der prinzipielle Kern kann in ihnen, unter dem hellenistischen Einfluß, schon stärker gefühlt werden;

e) ebenfalls original-römisch ist in ihrer anfänglichen Periode die Definitionsjurisprudenz, die ursprünglich die Definition der nicht allgemein gebräuchlichen Ausdrücke des Zwölftafelgesetzes im Rahmen der *interpretatio* zu geben wünscht. Sie wird erst zu einer Rechtswissenschaft, als sie unter dem Einfluß der hellenistischen Dialektik in einem immer breiteren Kreis erscheint. Die *definitio* ist nämlich ebenso ein Mittel der Dialektik, wie die *regula*. Die Anwendung der *regula* und der *definitio* als Synonyma im klassischen Zeitalter ist in Hinsicht dieser Kategorisierung wenig bedeutend, da diese terminologische Konfusion eine Projektion der in der griechischen Terminologie erscheinenden ähnlichen Verwirrung ist. Die Definitionsjurisprudenz ist übrigens eines der Produkte der kasuistischen Denkweise und das Streben nach Abstraktion wird nur durch die Absicht der Klärung der Begriffe vertreten. Im hellenistischen Zeitalter wird die *definitio* zu einer ausgedrückt juristischen Denkform. Diese Denkart realisiert sich in der Trennung des Rechtsfalles und der Rechtsfolgen; sie hat drei Erscheinungsformen: die *quid est definitio*, die *partitio* und die *divisio*;

f) die dialektische Rechtswissenschaft gewinnt an Boden in Rom seit dem Zeitalter des P. Mucius, Manilius und Brutus (Mitte des 2. Jahrhunderts). Platons Dialektik wird durch die Philosophie von Aristoteles hauptsächlich von dem die Philosophie der Stoa in Rom lehrenden Panaitios verbreitet. Ciceros Meinung nach bedeutet dies die generative Kategorisierung der zerstreuten Rechtsfälle, die Erhebung dieses auf ein *ars*-Niveau, die Verteilung des Ganzen, die Definierung der nicht allgemein bekannten Begriffe, die Distinktion in Streitfragen, die Erzeugung von *regulae*. All dies soll in einem Streit, durch Argumentierung stattfinden und nicht mit Bezugnahme auf die

Autorität der Vorläufer. Eine entscheidende Aufgabe der Dialektik ist die Systembildung. Die ersten Zeichen des Systems des *ius civile* erscheinen in dem sog. Scaevola-System;

g) die philosophische Rechtswissenschaft wurde ausschließlich unter dem hellenistischen Einfluß zu einem Teil der römischen Rechtswissenschaft. Die Ursache ihres Erschaffens liegt in der von den Juristen gerichteten prätorischen Rechtsbildung, die die einst sakrale *fides* (Worthalten) in der Form der *bonae fidei iudicia* durch den prätorischen Rechtsschutz eine rechtliche Kategorie machte und damit verbunden den mit den *peregrini* stattfindenden Warenaustausch rechtlich geordnete. Zur Auflockerung der Grenzen zwischen dem steifen und formalen Privatrecht und dem elastischen und formfreien prätorischen Recht lieferte die Philosophie die ideologische Grundlage. Die *aequitas*, als die Gleichheit der im Warenaustausch teilnehmenden, politisch ungleichen Freien vor dem Gesetz und das in diesem Verkehr erscheinende Billigungsprinzip bedeuteten zu dieser Auflockerung in erster Reihe die ideologische Grundlage. Es kam dazu das in die römische Rechtswissenschaft rezipierte *ius naturale*, das ebenso wie das *ius gentium*, das „gemeinsame Recht aller Völker“, eine erst bei Cicero nachweisbare aber auch schon früher angewendete Projektion der aristotelischen Kategorien. Das Streben nach der erwähnten Auflockerung der beiden Privatrechte manifestiert sich bei Cicero im Ausdruck „*quod autem gentium, idem civile esse debet*“. Die Verbindung der zwei letzteren Kategorien, die der *naturae vis* und der *ratio prudentis* zufolge entsteht, ist dazu berufen, die zur Auflösung der formalen Kategorien des Zivilrechts erforderliche Ideologie zu erschaffen.

2. Die Denkweise der vorklassischen Juristen ist also bis zum Schluß kasuistisch, in der Erschaffung der *regulae* und *definitiones* erscheint aber schon verhältnismäßig früh das Streben nach Abstrahieren. Die Erscheinung der *bonae fidei iudicia* im Zivilrecht und die rechtliche Regelung des mit den Fremden ausgeführten Warenaustausches erschaffen die Notwendigkeit der Revolutionierung des Zivilrechts. All dies geschieht mit der Eindringung der dialektischen Methode in das Bewußtsein der Juristen und die dazu notwendige Ideologie wird von den Kategorien der griechischen Philosophie in der letzten Phase der Republik erbracht.

3. Die in der Denkweise der vorklassischen Juristen erfolgte Veränderung ist das Ergebnis des Kampfes zwischen den beiden Schichten der vorherrschenden Klasse in Rom. Dieser Kampf war zwischen der *nobilitas* und dem Ritterorden geführt. Die Vorige trat für die steifen Formalitäten des Zivilrechts ein, die einst die Ausbeutung der Plebejer ermöglichten, während die prätorische Rechtsbildung, die die *bona fides* ein Rechtsinstitut gemacht und den mit den Fremden ausgeführten Warenaustausch geordnet hat, die Interessen des Ritterstandes, der aus Geschäftsleuten, Bankiers bestehenden Gruppe zum Ausdruck brachte, die — um den ungestörten Handel zu garantieren — die formfreie Rechtswissenschaft für durchaus wichtig hielten. Die Veralterung des Rechtsmaterials des Zwölftafelgesetzes und der daraufgelagerten *interpretatio* kann eben im Zeitalter von Cicero am meisten beobachtet werden, als — wie Cicero selber schreibt — in seinem Kindesalter das Zwölftafelgesetz auswendig gelernt werden mußte, während in seinem erwachsenen Alter das nicht mehr gelernt war, nur das prätorische Edikt angeführt wurde (De leg. 2. 59 und 1. 17).





### III. DIE PRIVATRECHTLICHE DENKUNGSART DER JURISTEN IM KLASSISCHEN ZEITALTER

#### I

1. Das Römische Reich erreicht den Spitzenpunkt der mit den Sklaven ausgeübten großbetrieblichen Produktion am Anfang des Prinzipats und dies deutete für die Herren Roms — mit Rücksicht auf die von Augustus erschaffene Pax Romana — ein wahres „goldenes Zeitalter“. Es zeigte sich jedoch sehr und mehr, daß die Sklavenarbeit der Interesselosigkeit des Sklaven in der Produktion zufolge höchstens dazu geeignet ist, die Produktion quantitativ zu vermehren. Vom 2. Jahrhundert ab ist es schon offensichtlich, daß das System der betrieblichen Sklaverei sich selbst überlebt hatte. Die sklavenwerbenden Kriege werden seltener und das Reich sieht sich den barbarischen Angriffen gegenüber zur Verteidigung genötigt. Die Auflösung der sklavenhaltergesellschaft konnte selbst durch die vom Prinzipat erschaffene Militärmonarchie nicht verhindert werden.

2. Die Schichtung der freien Gesellschaft Roms im Zeitalter des Prinzipats ist die folgende: die Grundbesitzeraristokratie wird von dem Senatorenstand gebildet, mit vielen neuen reich gewordenen Familien, ein Teil deren von Augustus selber in den Senat verschafft wurde; der Ritterorden besteht außer ihren alten Mitgliedern aus Offizieren hohen Ranges, den wohlbegüterten Mitgliedern der italischen Munizipien und den wohlhabend gewordenen Freigelassenen; die römische plebs bildet schon das antike Prolateriat. In diesem Zeitalter zeigt sich erst die Rolle der Leitungsschicht der Provinzialstädte im öffentlichen Leben Roms. Die Ausgestaltung der Klasse der coloni ist gleicherweise ein Produkt dieses Zeitalters.

3. Die Charakteristik der staatlichen Organisation des Prinzipats ist, daß die Monarchie in republikanischen Formen ausgestaltet wurde. So ging auch die Macht des Prinzepts teilweise aus der Zusammenfassung republikanischer Würden (z. B. Volkstribun, Senator, proconsul) hervor. Augustus hält das Magistratssystem der Republik aufrecht, überdies beginnt er aber auch die Ernennung kaiserlicher Beamten. Mit Antritt Hadrians bürokratisiert sich die Staatorganisation stufenweise. Und Septimius Severus baut schon gerade eine Militärbükratie aus. Die Macht des Senats vergrößerte sich zwar, in Wirklichkeit wird dieser Körper trotzdem ein gehorsamer Vollzieher des kaiserlichen Willens. Die Volksversammlungen verschwinden dem Wesen nach im 3. Jahrhundert. Das Bürgerrecht wird durch die Constitutio Antoniniana (212) auf alle Untertanen des Reichs ausgedehnt und der stadtzentrische Staat wird dieser Verordnung zufolge auch formell ein Reich.

## II

1. Alle die obererwähnten Formen der juristischen Tätigkeit, nämlich die *cavere*-, *agere*-, sowie *respondere*-Tätigkeiten bestehen auch im klassischen Zeitalter weiter. An diese drei Tätigkeiten schließt sich aber als eine vierte der Unterricht der Rechtswissenschaft an. Cicero unterschätzt dies zwar zum erstenmal, als er sagt, daß „at dignitatem docere non habet“ (Or. 144), später aber sagt er:

„Ego autem iuris civilis studio multum operae dabam Q. Scaevolae, qui quamquam nemini se ad docendum dabat, tamen consulentibus respondendo studiosos audiendi docebat“ (Brut. 306),

d. h.: obwohl der Rechtsgelehrte sich mit rechtlichem Unterricht unmittelbar nicht beschäftigte, unterrichtete er die Ratsuchenden, wenn sie ihn „hören“ wollten.

Servius, von dem Cicero erzählt, daß er die Rechtswissenschaft bei zwei Gelehrten, L. Balbus und A. Gallus studiert habe, nahm am Rechtsunterricht als studiosus teil:

„... discendi causa duobus peritissimis operam dedisset: L. Lucilio Balbo et C. Aquilio Gallo“ (Brut. 154).

Über Balbus erzählt er übrigens, daß dieser nicht praktisch genug war; er war aber wissenschaftlich gebildet und widmete sich lieber dem Unterricht (Brut. 154). Pomponius, über die rechtswissenschaftliche Ausbildung des Labeo sprechend erzählt daß der Genannte (d. h. Labeo):

„omnes hos (sc. Trabatius, Cascellius, Ofilius et Tubero) audivit, institutus est autem a Trebatio“ (D. 1. 2. 2. 47).

Hier spricht also Pomponius über die Unterrichtstätigkeit der erwähnten vier Rechtsgelehrten, denen Labeo seine juristische Ausbildung zu verdanken hatte. Er charakterisiert aber diese Tätigkeit mit gewisser Differenzierung. Während nämlich Labeo Cascellius, Ofilius und Tubero nur gehört hat (audivit), hat er von Trebatius in erhöhtem Maße profitiert, weil dessen Tätigkeit aus der Institutionierung bestand, die eine gewisse theoretische Ausbildung bedeutete, dem „audire“ gegenüber, das vermutlich auf die praktische Bildung hinweist.<sup>1</sup>

2. Indem wir deshalb in den Folgenden außer den drei erwähnten juristischen Tätigkeiten auch über eine vierte, die instituere-Tätigkeit also den Unterricht, sprechen, besprechen wir die Denkweise der klassischen Rechtsgelehrten.

## III

1. Die beiden Zweige der Formularjurisprudenz: die Kautelarjurisprudenz und die Klagenformularjurisprudenz treten also in der Kaiserzeit schon in ihrem ersten Jahrhundert in den Hintergrund. Es ist zwar zweifellos, daß die Kautelarjurisprudenz an der Grenze der Republik und des Prinzipats noch ein bedeutendes Produkt hatte, nämlich das Werk. *De re rustica* von T. Varro das er in seinem 80. Lebensjahr, also im Jahre 37 v. u. Z. geschrieben hat. Dieses Werk behandelt die landwirtschaftlichen Probleme seines Zeitalters:

<sup>1</sup> D. Liebs: Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat. ANRW II. 15 S. 224.

d der ihm unmittelbar folgenden Zeit vielseitig und so auch in rechtlicher Beziehung. Dieses Werk gibt teilweise die Stipulationsformeln, die bei dem Kauf der Sklaven (2. 10. 4), der Ochsen (2. 5. 10), der Schafe (2. 2. 5), der Ziegen (2. 3. 5), der Schweine (2. 4. 5), sowie der Hunde (2. 9. 7.) empfehlenswert sind, um den Käufer in Hinsicht der Begründung der Mängelhaftung des Verkäufers zu versichern, während es bei den Eseln (2. 6. 3), Pferden (2. 7. 6) nur einfach die für den Käufer empfehlungswerten Bedingungen empfiehlt, ohne die Stipulation zu erwähnen. Diese Formularesammlung beruft sich übrigens sogar in zwei Fällen auf die *Manilianae venalium vendendorum* leges und zwar bei dem Verkauf der Ochsen und Ziegen hinsichtlich der rechtlichen Begründung der Verkäufersgarantie: „*qui Manilii actiones sequuntur*“ (2. 5. 11) und „*Manilius scriptum reliquit sic: illasce capras*“ (2. 3. 5). Dies macht wahrscheinlich, daß die auch in der Zeit des Prinzipats benützte Formularesammlung Varros sich auf das Werk von Manilius stützt. Es unterliegt keinem Zweifel, daß der Käufer aus Mangel an einer solchen Ratschlägesammlung gezwungen war, sich an einen Juristen zu wenden, der bei dem Vertragsabschluß ihm behilflich war. Und es ist anzunehmen, daß auch das Testament nicht ohne die Hilfe eines Juristen errichtet wurde,<sup>2</sup> nachdem seine Formalitäten ziemlich gebunden waren. Es ist aber nicht zweifelhaft, daß sich die namhaften Juristen von dieser juristischen Tätigkeit und so von der in den Vertragsformularen ausgeführten primitiveren Denkweise mehr und mehr entfernten. Und — wie Kaser sagt<sup>3</sup> — diese Tätigkeit „wird jetzt in Rom, wie außerhalb zumeist einer untergeordneten Schicht rechtskundiger Urkundenschreiber (*tabelliones*) überlassen“.

2. Die Klagenformularjurisprudenz wird in dieser Zeit gleichfalls zurückgedrängt, denn das bei dem praetor funktionierende *consilium* der Juristen hat schon am Ende der Republik alle die wesentlichen Klagen- und anderen Rechtshilfenformulare erschaffen, die der sich entwickelnde Warenaus- tausch benötigte. Jetzt konnte nurmehr die Aufgabe bestehen, diese Formulare zu verfeinern, sie utiliter auszudehnen, oder höchstens einige hinsichtlich der Ausführung der zu Anfang der Kaiserzeit entstandenen *senatus consulta* — wie das *Sc. Macedonianum* (D. 14. 6. 1. pr), *Sc. Trebellianum* (D. 36. 1. 1. 2), *Sc. Velleianum* (D. 16. 1. 2. 1) — erlassene ediktale Verordnungen zu verfassen. „Mit der Tendenz — sagt Schulz<sup>4</sup> — zur bürokratischen Staatsverwaltung war diese Art der Rechtsfortbildung nicht mehr verträglich, und so hat sie denn Augustus in dem geräuschlosen Stil, den er liebte, verschwinden lassen. Er ließ wohl die Jurisdiktionsmagistrate inoffiziell wissen, daß ihm diese Methode der Rechtsfortbildung nicht sympatisch sei“.

Das prätorische Edikt — wie Sohm<sup>5</sup> darauf hin weist — „war ... stereotyp, unfruchtbar. Es war fertig. Was nur noch fehlte, war, ihm seine letzte Gestalt zu geben und zugleich das Verhältnis der kaiserlichen Gewalt zum Edikt in rechtliche Form zu bringen“.

3. Die große Arbeit der Ediktsverfassung — dem Wesen nach die Kodifikation — wartete auf S. Iulianus, den großen Juristen der hadrianischen Zeit. Seine Aufgabe war — und das ist unbestreitbar — das ungeordnete Material des prätorischen Edikts und des Edikts der *curules aediles* zu einem ge-

<sup>2</sup> Schulz a. a. O. S. 130.

<sup>3</sup> Kaser: Rechtsgesch. S. 178.

<sup>4</sup> Schulz a. a. O. S. 131.

<sup>5</sup> R. Sohm: Institutionen.<sup>16</sup> München—Leipzig, 1919., S. 99.

wissen System zusammenzufassen. Von der Tatsache erhalten wir Nachricht teils aus vorjustinianischen Quellen,<sup>6</sup> teils von den bezüglichen Teilen der *Tanta* und *Dedoken constitutiones* (18).

Die von *Lenel* ausgeführte Rekonstruktion des Materials der Ediktsredaktion gewährt interessante Beiträge auch zur Arbeitsmethode der Redigierung und der Denkart der beim Prätor in und außer dem *consilium* tätigen Juristen.

So können z. B. aus dem Ediktmaterial die folgenden zwei zusammenhängenden Texte ausgelesen werden:

„Praetor ait: Quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum, in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicetur qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum iudicium, dabo” (D. 16. 3. 1. 1. Ulp. libro XX ad Edictum).

Bei Gaius lesen wir hingegen die Folgenden in Verbindung mit der *actio depositi* (4. 47):

„Iudex esto. Quod A. Agerius apud N. Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato, si non paret absolvido”.

Der vorige Text veröffentlicht einen Punkt des amtlichen Programms des Prätors in der Hinsicht, wie er verfahren wird, wenn jemand sein Besitzstück in Depot gibt und der Depositär es nicht zurückgibt. Wenn es sich hier nicht um ein Zwangsdepot handelt, gibt er eine Klage für das Einfache, widrigenfalls für das Doppelte des Wertes der Sache dem Deponenten. Der andere Text ist der Text der sich an diese eigenartig verfaßte Edikt Klausel knüpfenden Formel, die in diesem Fall (mit dem vom Gaius gegebenen schematischen Namen) der Prätor schriftlich an den geschworenen Richter richtet. In den Quellen gibt es nur verhältnismäßig wenig Fälle, in denen der genaue Text der Edikt Klausel und der an diese geknüpften Formel so klar gesehen wird. *Lenel*<sup>7</sup> hat in meisten Fällen nur die Edikt Klausel, die dazu geeignete Formel ist das Ergebnis einer Rekonstruktion. Eines ist aber zweifellos, daß nämlich die im Verfassen des Edikts dem Prätor zu Hilfe eilenden Juristen zuerst die Formel verfaßten, dann daraus — nachdem sie deren Inhalt immer mehr zu verfeinern hatten und dieser Inhalt, der auf neuere Fälle stattfindenden Anwendung zufolge, mehr und mehr geschwollen ist, wie dies im Falle der gewöhnlichen und der Zwangsdepositen gesehen wurde (die Formel wurde zuerst offenbar für das gewöhnliche depositum und erst danach für das Zwangsdepot verfaßt — den normativen Teil herausgehoben und die Formel in ihrer Einfachheit gelassener haben, die aber unter Berücksichtigung der normativen Regeln anzuwenden war. Neben der Formulardenkart erscheint also bei ihnen in der Ausgestaltung der normativen Regel auch das auf die Abstraktion gerichtete Bestreben *Wlassak*<sup>8</sup> bemerkt richtig, daß die Edikt Klausel und die Formel sich so zueinan-

<sup>6</sup> E. *Bund*: *Salvius Iulianus, Leben und Werk*. ANRW II, 15, S. 421—422. — *Guarino* (*Storia del diritto romano*, Napoli, 1975, S. 431 und *La formazione dell'Edictum perpetuum*, ANRW II, 13) stellt zwar in Frage, daß die Ediktredaktion von S. Iulianus herrühre. *Bund* scheint aber diese Tatsache überzeugend zu beweisen (a. a. O. S. 422. ff.).

<sup>7</sup> *Lenel*: EP<sup>3</sup>, S. 288, ff. hinsichtlich der *actio depositi*.

<sup>8</sup> M. *Wlassak*: *Edict und Klageformel*, Jena, 1882, S. 70.

der verhalten, wie die Ausführungsverordnung zur Rechtsregel.<sup>9</sup> Dies bedeutet natürlich nicht, daß die mit einfacheren Sachverhältnissen verbundenen Formeln im Edikt auch selber nicht hätten auftreten können, ohne eine normative Regel, als ausschließliche Produkte der Formulardenkweise der Juristen.

Diese Funktion der Formularjurisprudenz wurde durch die Kodifikationszusammenfassung des Ediktmaterials von S. Iulianus und durch die Verordnung von Hadrian, wonach die Prätores in den Folgenden nur dieses Edictum Perpetuum anwenden durften und jede Modifizierung dessen dem Kaiser vorbehalten wurde, abgeschlossen.

#### IV.

1. Die der agere-Tätigkeit entsprechende gerichtliche rednerische Funktion, die am Ende der republikanischen Zeit noch selbst im Kreise der iuris consulti bestand, hat zu Beginn des Prinzipats dem Wesen nach aufgehört. Während P. Mucius Scaevola, in Verbindung mit der causa Curiana, als ein iuris consultus gerichtlicher Redner, in der Beziehung der verbum-voluntas Debatte den Primat des verbum in Schutz genommen hatte, haben diese Tätigkeit in der klassischen Zeit die oratores übernommen. Es waren unter diesen rechtlich gebildeten Personen, wie Quintilian oder Seneca, die nicht ausdrücklich iuris consulti waren. Manchmal war aber der Gerichtsredner gezwungen, die Hilfe des iuris consultus in Anspruch zu nehmen, der ihn in den Verhandlungssaal begleitete (Quintil. Inst. or. 12. 3. 1).<sup>10</sup>

2. Die agere-Tätigkeit und die damit verbundene klagensrechtliche Denkweise setzten sich also in der klassischen Zeit nur auf mittelbarem Wege, mit der Unterstützung des nicht iuris consultus orator durch. Auch diese oratorische Tätigkeit wurde aber durch die Atmosphäre der Kaiserzeit, die Bürokratisierung stufenweise in den Hintergrund gedrängt.

#### V

1. Die in engerem Sinn genommene respondierende Tätigkeit, da diese in der Zeit der Republik völlig ungebunden, frei war, stand nicht in Einklang mit den Interessen des Prinzipats, weil, wie Suetonius in Verbindung mit Caligula erwähnt (Cai. 34):

„De iuris quoque consultis quasi scientiae eorum omnem usum aboleretur, saepe iactavit se mehercule effecturum, ne quid respondere possint praeter eum.“

<sup>9</sup> Es ist in der Literatur bestritten, ob vor S. Iulianus nicht zwei verschiedene Edikte: nämlich eine normative und eine formularare waren. *Wlassak* (Edict, S. 25.), sich auch auf ältere Verfasser (Revardus, Heineccius, Labatut) stützend nimmt diese Ansicht an, sowie auch *Th. Kipp*: (Geschichte der Quellen des römischen Rechts, Leipzig, 1919., S. 5.), während *Ph. E. Huschke* (Das Recht der publicianischen Klage. Stuttgart, 1874.) nach die normative Regel und formula auch vor S. Iulianus nebeneinander auftraten. *E. Pólay*: A praetor szerepe a római magánjog fejlődésében (Rolle des Prätors in der Entwicklung des römischen Privatrechts), Miskolc, 1944., S. 105 ff.

<sup>10</sup> *Schulz* a. a. O. S. 128. *R. Düll*: Seneca iurisconsultus. ANRW II. 15. S. 364 ff. Er macht wahrscheinlich die iuris consultus-Qualität von Seneca.

Der Prinzeps wollte die respondierende Tätigkeit der iuris consulti ausschließlich für sich selbst vorbehalten.

Augustus legte aber noch viel Gewicht auf die republikanischen Formen: „Post id tempus praestiti omnibus auctoritate, potestatis autem nihilo amplius habui, quam qui fuerunt mihi quoque in magistratu conlegae“ (Res gest. Divi Aug. 34).

In auctoritas stand er an erster Stelle unter seinen „Mitarbeitern“, in der Macht aber war er mit seinen Kollegen gleich. Ungefähr dieses formelle Prinzip führte ihn in seiner Bestrebung, die Rechtsgelehrten, die bis dahin eine freie respondierende Tätigkeit führend, eine gewisse Rechtsunsicherheit geschaffen hatten, in den Dienst seines Prinzipats zu stellen.<sup>11</sup> Durch Privilegierung wünschte er diese oder von ihnen mindestens die für ihn wichtigsten Persönlichkeiten zu gewinnen, sichernd damit eine gewisse „Autorität“ für diese, ohne die Freiheit der respondierenden Tätigkeit von anderen iuris consulti zu entziehen. Von diesem ius respondendi können zwei Quellenstellen eine Auskunft geben:

„Massurius Sabinus in equestri ordine fuit et publice primus respondit: posteaque hoc coepit beneficium dari, a Tiberio Caesare hoc tamen illi concessum erat (48). Et ut obiter sciamus ante tempore Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant aut testabantur qui illos consulebant. Primus divus Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit. Et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri praetorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit eis hoc non peti, sed praestari solere et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se populo ad respondendum se praepararet (49). Ergo Sabino concessum est a Tiberio Caesare, ut populo responderet: qui in equestri ordine iam grandis natu et fere annorum quinquaginta receptus est“ (50). (D. 1. 2. 2.)

Die die Auslegung dieses Fragments betreffende, aus dem Enchiridium des Pomponius genommene communis opinio war anfänglich, daß Augustus die iuris consulti so an seinen Wagen zu spannen versuchte, daß er einigen von ihnen das ius publice respondendi gewährte und daß die Genannten auf diesem Grund ex auctoritate principis ein rechtliches Gutachten abgeben konnten. Dieses Privileg bestand also eben darin, daß die privilegierten Juristen ihre Meinungen „im Namen des Kaisers“ äußern konnten und so die Teilnehmer der dem Kaiser gebührenden auctoritas waren.<sup>12</sup> Hinsichtlich der Auslegung der zur Frage stehenden Quellenstelle entstanden aber Probleme in der Literatur schon seit Beginn des Jahrhunderts. Krüger<sup>13</sup> z. B. legt das ius respondendi als ein Privileg so aus, daß die Meinung des privilegierten Juristen für den Richter verbindlich war, obwohl darauf in Verbindung mit Augustus' Privileg kein Hinweis zu sehen ist. Die Ansicht von De Visscher<sup>14</sup> ist, daß vor Augustus die Wahrheit des responsum vor dem Richter nicht von dem Rechts-

<sup>11</sup> Dulckeit—Schwarz a. a. O. S. 198. Kunkel: Das Wesen des ius respondendi. SZ 68 (1946), S. 456.

<sup>12</sup> Kaser: Rechtsgesch. S. 178.

<sup>13</sup> Krüger a. a. O. S. 120—121.

<sup>14</sup> F. De Visscher, RH 4 ser. 15 (1936), S. 615 ff.

gelehrten sondern dem Ratsuchenden besiegelt oder bewiesen wurde (signare, testare); darauf begründet, daß das Wort „ipsi“ sich nicht auf den Juristen, sondern auf den consulens bezog. Vom Augustus ab besiegelt oder beglaubigt das responsum des Juristen der Kaiser selber mit seiner Unterschrift, aber nur in einigen Fällen. Tiberius war der erste, der dieses Privileg einigen Juristen im allgemeinen erteilte. Dieses responsum war aber für den Richter nicht verbindlich. *Sibers*<sup>15</sup> Standpunkt nach, nachdem der erste Satz des § 49 (Et ut . . . coepit) das Ergebnis einer späteren Insertion ist, sei der Text so auszulegen, daß Augustus war, der einigen Juristen das Privileg zuteil werden ließ, „ex auctoritate eius“ Gutachten zu geben, aber nur in einigen Fällen. Es war Tiberius, der auf die hervorragende Aktivität des Sabinus aufmerksam wurde und im allgemeinen gestattete, daß der Genannte unter kaiserlicher auctoritas responsum gibt — und dies qualifizierte sich schon als ein wahres beneficium. Ebenso, wie De Visscher, hält aber auch er das privilegierte responsum für verbindlich für den Richter; seiner Ansicht nach besteht dies nur seit Hadrians Zeit. *Wieackers*<sup>16</sup> Standpunkt nach scheine der Ausdruck „viri praetorii“ darauf hinzuweisen, daß das ius respondendi hier wünschte, das dem Zustandekommen des Prinzipats verlorengegangene Ediktenerlassungsrecht der Prätores zu ersetzen. Hadrian hat dieses Privileg auf den Kreis der kaiserlichen Beamten eingeschränkt. Der Ausdruck „viri praetorii“ bedeutet aber wahrscheinlich gewesene Prätores und nicht Funktionäre. *Schulz*’ Ansicht nach sei der angeführte pomponianische Text das Zusammenwerfen der Arbeit von vier Händen und im allgemeinen das Produkt verschiedener Zeiten, ein Text größtenteils nachklassischen Ursprungs. Nur die nachklassischen Juristen konnten die klassischen Juristen als mit einem solchen beneficium ausgestattete ansehen. Sie dachten, daß diese als Privatmenschen gar kein rechtliches Gutachten den sich zu ihnen Wendenden hätten abgeben können. Sie lebten ja in einem Zeitalter, als der Wille des Kaisers das Gesetz war und die Juristen nur je ein Rad der Maschine der kaiserlichen Bürokratie bedeuten. *Kunkels*<sup>18</sup> Ansicht nach soll man aber den angeführten Text als eine Einheit auffassen, selbst wenn es um einen ziemlich verdorbenen Text handelt. Schulzens Auffassungen und Annahmen beruhen alle auf Hypothesen. Seinem Standpunkt nach scheinen die Ausdrücke „respondere ex auctoritate principis“, „publice respondere“, sowie „populo respondere“ darauf zu verweisen, daß seit der Zeit von Augustus jede Respondiertätigkeit zur Erlaubnis des Kaisers gebunden war. Und es erfolgt aus diesem a contrario, daß wer eine solche nicht hatte, von der Respondiertätigkeit abgeschlossen war. Endlich sei *Wengers* Ansicht nach<sup>19</sup> der Text so auszulegen, daß das ius respondendi stufenweise eine Ausdehnung erhielt. Augustus erlaubte den Juristen das ius respondendi ex auctoritate principis erst nur in konkreten Fällen und es war dann Tiberius, der erst dem Sabinus die Bevorzugung erteilte, ein generales beneficium in dieser Hinsicht zu erhalten. Über die verbindende Kraft dieser Meinungen äußert sich aber die pomponianische Quellenstelle nicht.

<sup>15</sup> *H. Siber*: Der Ausgangspunkt des „ius respondi“. SZ 61 (1941) S. 397 ff.

<sup>16</sup> *Wieacker*: Studien zur hadrianischen Justizpolitik. Ehrhardt—Felgenträger—Wieacker, Romanistische Studien. Heft 5 der Freiburger Rechtsgeschichtlichen Abhandlungen, Freiburg i/Br. 1935, S. 43 ff.

<sup>17</sup> *Schulz* a. a. O. S. 134 ff.

<sup>18</sup> *Kunkel*, SZ 66 (1946), S. 442.

<sup>19</sup> *Wenger*: Quellen, S. 490.

Unsere Ansicht ist in dieser Hinsicht die Folgende. Die Feststellung, daß: „*Primus divus Augustus ... constituit, ut ex auctoritate eius responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit*“,

bedeutet soviel auf alle Fälle, daß Augustus der erste war, der den Rechtsgelehrten erlaubte, unter seiner auctoritas Gutachten zu geben. Von diesen angefangen konnte der Prinzeps um dieses beneficium gebeten werden. Und da es in dem vorigen Text sich darum handelt, daß vor Augustus

„*qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant*“,

d. h. daß die streitenden Parteien in den gegebenen konkreten Fällen zu denjenigen Juristen um Ratschläge gingen, in denen sie Vertrauen hatten, so ist es offensichtlich, daß auch Augustus das Privileg, daß der Jurist unter seiner auctoritas respondierte, für einzelne Fälle erteilte.

Dann weist der Textteil, wonach:

„*Ergo Sabino concessum est a Tiberio Caesare, ut populo responderet: qui in equestri ordine iam grandis natu et fere annorum quinquaginta receptus est*“,

darauf hin, daß Tiberius dem Sabinus nicht nur für konkrete Fälle erlaubte, unter seiner auctoritas zu respondieren, sondern im allgemeinen. Der Ausdruck „populo respondere“ scheint auf dies hinzuweisen. Das hingegen, daß der zweifelloso ziemlich verdorbene Text die Tatsache, daß Sabinus zum Ritterstand gehörte, nicht nur an dieser Stelle erwähnt, scheint das zu betonen, daß er der erste gewesen sein mag, der von den zu Ritterorden gehörenden dieses beneficium erhielt. Es folgt aus diesem a contrario, daß dieses Privileg bis diese Zeit nur von denjenigen erhalten werden konnte, die zum Senatorenorden gehörten. Darüber aber, ob die Meinung der Juristen, die mit dem ius respondendi bekleidet waren, verbindend gewesen sei, spricht der Text nicht. Zur selben Zeit können wir dem Text keinen solchen Sinn zuschreiben, wonach der Jurist, der das Privileg nicht erhielt, überhaupt nicht respondieren konnte (*Kunkel*). Dies würde mit der ganzen Politik von Augustus, der das Staatssystem des Prinzipats, das wir mit Recht ein republikanisches Kaisertum nennen können, aus den republikanischen Formen ausgestaltet hatte, in Widerspruch gewesen sein. Die während der Zeit der Republik stattgefundene freie respondierende Tätigkeit hätte keinesweg verboten werden können ohne die republikanischen Formen umzustößen. Es handelte sich nur darum, daß Augustus mit diesem Privileg die hervorragendsten und eventuell weniger hervorragenden aber ihm treuen Juristen (z. B. Capito) zu sich locken wollte.

Es ist also zusammenfassend festzustellen, daß Augustus das unter seiner auctoritas ausgeübte ius respondendi einigen Juristen des Senatorenordens für konkrete Fälle gegeben hätte. Einer der Angelpunkte seiner Politik war nämlich eben die auf den Senatorenstand geschehende Anlehnung.<sup>20</sup> Es war Tiberius, der als erster dieses beneficium mit allgemeiner Geltung erteilt hat und zwar zuerst einem aus dem Ritterstand aufstrebenden Rechtsgelehrten: Sabinus. Nach ihm wurde dies gewiß von den Kaisern auch anderen aus dem Senatoren- und Ritterstand erteilt. Die responsa haben aber dem obigen Text gemäß die Gerichtsorgane nicht gebunden. Auf alle Fälle hat aber die Veränderung der Staatsorganisation das Profil der respondierenden Tätigkeit der iuris consulti am Ende der Republik später verändert.

<sup>20</sup> Kaser (Rechtsgesch., S. 178) nach ist dies um so mehr natürlich, denn Augustus befestigte den von ihm erweiterten Senat mit dies.



2. Eine weitere Frage in Verbindung mit dem *ius respondendi* ist, wann das von den Juristen erteilte Gutachten für die gerichtlichen Organe eine verbindende Geltung erhielt. In dieser Hinsicht scheint Gaius eine gewisse Unterweisung zu geben, der unter der Quellen des römischen Rechts auch die *responsa* der Rechtsgelehrten auf die folgende Weise aufführt.

„*Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet, quam velit, sententiam sequi, idque rescripto divi Hadriani significatur*“ (1. 7).

Demgemäß waren die Meinungen der Juristen, die das Recht auf „*iura condere*“ hatten, verbindlich für den *iudex*, wenn sie übereinstimmend waren. Im entgegengesetzten Fall wendete der Schwurrichter die Meinung an, die er für entsprechend hielt, wie es in Hadrians *rescriptum* vorgeschrieben war.

Die Quellenstelle löste einen weitläufigen Wortstreit unter den Romanisten. Schulz<sup>21</sup> sieht so, daß sie zu der angeführten Quellenstelle des Pomponius im Gegensatz stehe, die unter den Quellen des römischen Rechts die *responsa* der Juristen nicht einmal in der obigen Form anführt. Überdies meint er, daß es selbst mit der hadrianischen bürokratischen Staatsorganisation nicht in Einklang stehe, daß das Gutachten der autorisierten Juristen entweder den Gerichtsmagistrat oder den *iudex* in irgendeiner Form verbindet. Diese Meinung scheint auf die eine Generation früher geschriebene Ansicht von Krüger<sup>22</sup> hinzuweisen, der gleichfalls den zwischen den Quellenstellen des Gaius und Pomponius bestehende Widerspruch hervorhebt, verweisend darauf, daß Gaius die früher unter den Juristen ausgebildete *communis opinio* — die in einer früheren Periode *legis vicem* wirksam war, mit der bindenden Kraft der *responsa* der privilegierten Juristen vermutlich verwirrt habe. Wieacker<sup>23</sup> ist der Meinung, daß dieser Teil der Institutionen von Gaius nachklassischen Ursprungs ist. Kunkel<sup>24</sup> hat hingegen den Standpunkt eingenommen, daß wir keinen Grund haben daran zu zweifeln, daß der gaianische Text originell ist und daß hier weder ein Widerspruch, noch ein gaianischer Irrtum, noch eine nachklassische Insertion in Frage komme. Der Ausdruck „*iura condere*“ könne in bezug auf die Juristen auch in anderen Texten von Gaius gefunden werden, in solchem Sinn, daß die alten republikanischen Juristen die *Formulare* der *legis actiones* erschaffen und damit Recht zustandegebracht haben (4.30). Kaser<sup>25</sup> Meinung ist gleichfalls, daß es dabei um einen originellen Text gehe. Dem *rescriptum* von Hadrian nach war der *iudex* an den übereinstimmenden Standpunkt der Juristen gebunden, wenn aber die Standpunkte auseinandergingen, durfte er den ihm mehr entsprechenden Standpunkt wählen. Wenger<sup>26</sup> hält den Text ähnlicherweise für originell und nur dort bedenklich, wo der Text über „*opinio*“ spricht. Der ganze Text spricht nämlich dem Wesen nach über „*prudentium sententiae*“, d. h. die Gutachten der Rechtsgelehrten, während die „*opinio*“ Meinung bedeutet. Wir denken aber, daß dieser Gedankengang ein wenig gekünstelt ist.

<sup>21</sup> Schulz a. a. O. S. 135—136.

<sup>22</sup> Krüger a. a. O. S. 124. — Vgl. die frühere polemische Literatur bei Krüger a. a. O. S. 124—125.

<sup>23</sup> Wieacker: Studien z. hadrianischen Justizpolitik. S. 43 ff.

<sup>24</sup> Kunkel, SZ 66 (1946), S. 442, Fußnote 21.

<sup>25</sup> Kaser: Rechtsgesch., S. 179.

<sup>26</sup> Wenger: Quellen, S. 290—291.

Unserem Standpunkt nach können wir die Originalität des gaianischen Textes kaum bezweifeln. Besonders *Schulz* kann dies nicht machen, dessen wichtigstes Argument ist, daß während Pomponius die Ansichten der Rechtsgelehrten unter den Rechtsquellen nicht aufzählt, Gaius tut dies. Es ist nämlich gerade *Schulz*, der den ganzen einschlägigen pomponianischen Textteil für nachklassischen Ursprungs zu sein hält, voll von Mißverständnissen.<sup>27</sup> Ist dies so, so sollen wir dem Text von Gaius glauben, weil dagegen kein ernstes Bedenken auf dem Gebiet der Originalität auftauchen kann. Und es kommt auch nicht in Frage, daß Gaius das Gutachten der privilegierten Juristen einfach als eine Rechtsquelle ansieht. Das Gutachten „legis vicem“ „optinet“ nur, wenn die Gutachten mehrerer Juristen übereinstimmen, im Gegenteil ist der Richter dem einen Gutachten gebunden. Und daß in Hadrians Zeit in Hinsicht des *ius publice respondendi* irgendeine Änderung geschehen ist, wird durch die pomponianische Quellenstelle selbst dann gezeigt, wenn diese — vorausgesetzt aber nicht angenommen — in diesem Teil nachklassischen Ursprungs wäre. Auch das Argument von *Schulz* scheint nicht annehmbar zu sein, daß diese Verfügung mit der hadrianischen Staatsorganisation nicht in Einklang wäre. Es handelt sich unseres Erachtens eben darum, daß Hadrian damit den ersten Schritt auf dem Wege unternimmt, wo die Rechtswissenschaft als Rechtsquelle und damit als „offiziell“ qualifiziert wird, auf dem Wege, der nicht ganz in einem Jahrhundert, bei Papinian, in den Folgenden ein Ende findet:

„Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit“ (D. 1. 1. 7. pr),

d. h. mit der Qualifizierung der Gutachten der Rechtsgelehrten *expressis verbis* als Rechtsquellen. *Schulzens*<sup>28</sup> Meinung, daß der Richter völlig frei entscheiden könne, wenn die von dem Kläger und dem Beklagten produzierten und von autorisierten Juristen herrührenden Gutachten nicht übereinstimmen (wenn also er zwischen zwei Gutachten nicht wählen soll), ist ganz und gar unannehmbar. Für dies gibt die gaianische Quellenstelle einen logischen Stützpunkt. Es ist übrigens kaum vorstellbar, daß der *iudex* im Falle der einander widersprechenden und durch die Parteien produzierten Gutachten von zwei autorisierten Juristen mit dem einen oder anderen nicht zufrieden gewesen wäre sondern er selber eine Meinung ausgestaltet hätte oder nach der Meinung eines autorisierten oder nicht-autorisierten Juristen hin gelaufen wäre.

3. Im weiteren sprechen wir über die einzelnen Arten der respondierenden Tätigkeit, die sich

A) in der dialektischen Rechtswissenschaft (die die in der klassischen Zeit zu Wissenschaft gewordene Regular und Definitionsjurisprudenz gleichermaßen in sich faßt), sowie sich,

B) in der philosophischen Rechtswissenschaft niederschlagen.

#### A)

1. Der hellenistische Einfluß geht — wie *Schulz*<sup>29</sup> feststellt — mit dem Prinzipat des Augustus zu Ende. Der Sinn von diesem ist aber nicht, daß dieses Zeitalter „das Ende des Hellenismus überhaupt (bedeutet)“. Die Dialektik, als ein hellenistisches Importprodukt, bleibt auch weiterhin wirksam und wir

<sup>27</sup> *Schulz* a. a. O. S. 137.

<sup>28</sup> *Schulz* a. a. O. S. 136.

<sup>29</sup> *Schulz* a. a. O. S. 45.

können auch weiterhin, ja sogar noch mehr, über eine dialektische Rechtswissenschaft sprechen. Die Feststellung von *Schulz* ist nur insofern anzunehmen, daß die römische Rechtswissenschaft einstweilen von keiner hellenistischen Wirkung getroffen wird.

Die Regularjurisprudenz und die Definitionsjurisprudenz, die auf die Interpretation des Zwölftafelgesetzes zurückzuführen sind, unter dem Einfluß der dialektischen Methode aufblühen und zu Wissenschaft werden. Die Anzahl der *regulae* und *definitiones* nimmt zu und die Definitionen als Denkformen differenzieren sich. Die *partitio* und *divisio* treten den *quid est definitio* bei.

2. Mit der Abstrahierung der kasuistischen *regulae* kommt aus der Regularjurisprudenz stufenweise eine sog. Regularrechtswissenschaft zustande und es kann dasselbe in der Beziehung der Definitionsjurisprudenz festgestellt werden.

Die Regularrechtswissenschaft macht eine gewisse Differenzierung durch. Die *regulae veterum*, bei denen von der ziemlich detaillierten Sachlage die Rechtswirkungen sich noch kaum trennen, leben natürlich auch weiterhin.

So sagt die dem Sabinus geschriebene *ulpianische regula* die Folgenden:

„*Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere, nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores existere*“ (D. 50. 17. 2. pr).

Ähnlicherweise ist kasuistisch auch das aus dem Sabinus-Kommentar des Paulus stammende Fragment, wonach:

„*In negotiis contrahendis alia causa habita est furiosorum, alia eorum qui fari possunt, quamvis actum rei non intellegerent; nam furiosus nullum negotium contrahere potest, pupillus omnia tutore auctore agere potest*“ (D. 50. 17. 5).

Eine mit der Auslegung des Testaments verbundene kasuistische *regula* ist die Folgende:

„*Cum tempus in testamento adicitur, credendum est pro herede adiectum, 'nisi alia mens fuerit testatoris'; sicuti in stipulationibus promissoris gratia tempus adicitur*“ (Ulp. D. 50. 17. 17).

Typisch kasuistischer Abfassung ist — obwohl einen unmißverständlich wahrnehmbaren prinzipiellen Kern enthaltend — der folgende Teil des Edikt-kommentars von Ulpian:

„*Neque pignus, neque depositum, neque precarium, neque emptio, neque locatio rei suae consistere potest*“ (D. 50. 17. 45).

Ebensolcher Natur ist dieser Text des Ediktkommentars von Paulus:

„*Quidquid in calore iracundiae vel fit vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit iudicium animi fuisse. Ideoque brevi reversa uxor nec divortisse videtur*“ (D. 50. 17. 48).

Der folgende Textteil des Ediktkommentars von Ulpian ist eine ähnlich kasuistische *regula*:

„*In iure civili receptum est, quotiens per eum cuius interest conditionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset. Quod ad libertatem et legata et ad heredum institutiones perducitur. Quibus exemplis stipulationes quoque committuntur, eum per promissorem factum esset, quo minus stipulator conditioni pararet*“ (D. 50. 17. 161).

Der Literatur nach scheint D. 50. 17. 45. dem Wesen nach stärker inter-

poliert zu werden, die anderen Texte sind entweder interpolationsfrei oder haben solche Modifikationen erlitten, die an ihrem Wesen und hauptsächlich an ihrem kasuistischen Charakter nichts verändert hatten.

Der andere Teil der *regulae* lautet schon wie eine Rechtsregel, etwa eine Spruchregel (*Nörr*). So die folgende Regel des Sabinus-Kommentars des Paulus: „In testamentis plenius voluntates testantium interpretamur“ (D. 50. 17. 12).

Die folgende *regula* des Sabinus-Kommentars des Pomponius ist der das Prinzip „favor testamenti“ erklärenden Regel ähnlich:

„In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur“ (D. 50. 17. 14).

Die folgende Regel des Sabinus-Kommentars von Ulpian ist der auf die Erfüllungsfrist bezüglichen selbst heute gültigen Regel ähnlich:

„Non debet, cui plus licet, quid minus est non licere“ (D. 50. 17. 21), was übrigens das beste Beispiel des *argumentum a maiori ad minus* ist.

Ulpian's Ediktkommentar bringt das Wesen der *societas* klassisch zum Ausdruck:

„Socii mei socius, meus socius non est“ (D. 50. 17. 47. 1).

Das Prinzip „*nemo plus iuris*“ wird in Ulpian's Ediktkommentar deklariert (D. 50. 17. 54).

Gaius' Ediktkommentar verfaßt klassisch das Prinzip:

„Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur“ (D. 50. 17. 55).

Die Frage der gutgläubigen Prozeßführung und des Verzugs wird in Julian's *Digesten* auf die folgende Weise zusammengefaßt:

„Qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere“ (D. 50. 17. 63).

Das Wesen der Schenkung wird von Papinian so verfaßt:

„Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur“ (D. 50. 17. 82).

Die auf die *mora* bezügliche andere *regula* stammt von Scaevola:

„Nulla intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est“ (D. 50. 17. 88).

Die Unmeßbarkeit der Freiheit wird von Paulus auf diese Weise verfaßt:

„Libertas inaeestimabilis res est“ (D. 50. 17. 106).

Dem Muster des Prinzips „*nemo plus iuris*“ lautet die folgende *regula* des Paulus:

„Nemo plus commodi heredi suo relinquit, quam ipse habuit“ (D. 50. 17. 120).

Celsus sagt das Folgende über die Unmöglichkeit des Schuldverhältnisses:

„Impossibilium nulla obligatio est“ (D. 50. 17. 185).

Diese aus dem *titulus* „De diversis regulis iuris antiqui“ der *Digesten* stammenden kurzen uninterpolierten *regulae* sind mutmaßlich ausnahmslos die Verfassungen eines aus einem Rechtsfall gezogenen Prinzips, wo der *casus* nicht einmal in Spuren mehr erscheint, nicht so, wie bei der *regula Catoniana*, deren kasuistische Verfassung durch Celsus ebenso bekannt ist, wie die daraus abgeleitete Rechtsnorm, die durch Paulus publiziert wird (D. 34. 7. 1. pr — 50. 17. 29).

Zwischen den kasuistischen, nicht verbindlichen und den zu Spruchregel gewordenen, verbindlichen *regulae* steht die verhältnismäßig kurze, bedingt verfaßte, auf eine mögliche Sachlage bezügliche, nicht verbindliche Regel, das

pithanon, das Labeo unter dem Titel Pithana unter dem Einfluß des Werkes ähnlichen Titels des stoischen Chrysippos geschrieben haben mag.<sup>30</sup>

Eine solche Regel ist z. B. in dem aus Labeos Pithana stammenden folgenden Text zu finden:

„Si rivum, quem faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est“ (D. 19. 2. 62).

Paulus fügt dann den auf den originellen Rechtsfall bezüglichen Hinweis dazu:

„Paulus: immo si soli vitio id accedit, locatoris est periculum, si operis vitio accedit, tuum erit detrimentum“ (ibid.).

Eine ähnliche Regel ist in den mit der im Fluß befindlichen Insel verbundenen verschiedenen Varianten zu finden, worüber Labeos Pithana spricht und wozu Paulus den auf die originelle Sachlage bezüglichen Hinweis hinzufügt.

„Si qua insula in flumine propria tua est, nihil in ea publici est. Paulus: immo in eo genere insularum ripae flumini et litora mari proxima publica sunt, non secus atque in continenti agro idem iuris est“ (D. 41. 1. 65. 1).

Dieselbe Erscheinung wiederholt sich in diesem Fragment noch dreimal in Verbindung mit der Insel. Dem letzten pithanon gibt aber Paulus den kasuistischen Grund nicht mehr:

„Si id quod publico innatum aut aedificatum est, publicum est, insula quoque, quae in flumine publico nata est, publica esse debet“ (D. 41. 1. 65. 4).

Diese drei Formen der *regulae* bedeuten auch qualitativ drei Denkformen. Bei der ersten verfaßt der Respondierjurist die prinzipielle Kontur im *casus* denkend. Bei der zweiten finden wir schon einen längeren juristischen Denkvorgang, der offensichtlich durch das Gehirn mehrerer Juristen gehend den *casus* vom prinzipiellen Kern des *responsum* abschält, sodaß der zur Grundlage der Norm dienende *casus* selber nur ausnahmsweise fortbesteht (*regula Catoniana*). Die Regel wird Spruchregel, etwa ein Grundprinzip, das bindende Kraft ist. Schließlich bezeichnet die im Konditional verfaßte *regula*, das pithanon die Sachlage nurmehr im Rahmen einer Möglichkeit, beginnend mit dem Wort „si“. Es ist höchstens der spätklassische Jurist, der für notwendig hält, das pithanon mit einem Hinweis auf den originellen *casus* zu ergänzen. Diese Regel ist gleichfalls nicht bindender Kraft. Die kasuistische *regula*, ebenso wie das etwas weniger kasuistische pithanon, ist eine „*regula, quae ex iure fiat*“, während die Spruchregel eine „*regula ex qua ius sumatur*“ ist, denn sie ist die durch die Rechtswissenschaft herbeigeführte Rechtsregel von prinzipieller Bedeutung.<sup>31</sup>

Es ist in der Literatur umstritten, was das Verhältnis zwischen den sog. *libri regularum* und den in zu verschiedenen literarischen Gattungen gehörenden Büchern bestehengebliebenen *regulae* sei. Schmidlins Ansicht<sup>32</sup> nach binden die *libri regularum* (von Neratius, Pomponius, Gaius, Scaevola, Paulus, Ulpian, Marzian, Modestin, Licinius Rufinus) kasuistische Regeln zum Strauß, von denen mehrere eine Verwandtschaft mit den in Labeos Pithana enthaltenen re-

<sup>30</sup> Schmidlin: Horoi, pithana und regulae. ANRW II, 15., S. 111 ff. — M. Talamanca: I. 'Pithana' di Labeone e la logica stoica, IURA 24 (1975) S. 5—9.

<sup>31</sup> Schmidlin: Regula iuris, S. 95.

<sup>32</sup> Schmidlin: Horoi, pithana und regulae. ANRW II, 15., S. 122.

gulae zeigen, wie z. B. die aus Modestins Werk genommene pithanonartige Regel:

„Si quis quos non poterit manumittere legavit, ut manumitterentur, nec legatum, nec libertas valet“ (D. 31. 31).

Nörrs<sup>33</sup> Meinung nach mögen solche libri regularum auf dem Höhepunkt des klassischen Zeitalters gemacht werden, es sei aber möglich daß diese Gattung erst bei Gaius und den späten Klassikern auftritt, ohne aber irgendeine besondere Bedeutung. Die regulae sind nämlich nicht nur in diesen Büchern zu finden, sondern in verschiedenen literarischen Gattungen. Wir meinen, daß die Wahrheit vielleicht in der Mitte ist. Die regulae, hauptsächlich die kasuistischen regulae können überall gefunden werden, aber auch der Inhalt der libri regularum wird zusammen mit pithanaartigen Regeln im allgemeinen von diesen ausgemacht.

3. Die Definitionen — wie es für die vorklassische Zeit festgestellt werden kann — erscheinen in dreierlei Formen. Entweder in der uralten Form, die die Interpretation des Zwölftafelgesetzes erforderte; das ist die „quid est“-definitio, wie z. B. die Definition des ambitus (Tab. VII. 1), zu der die beiden anderen Formen der definitio (partitio — divisio) unter hellenistischen Einfluß beigetragen haben. Während aber diese zwei Formen bei Aristoteles und den Stoikern nicht die zwei Varianten der definitio bedeuteten — wie es Nörr<sup>34</sup> überzeugend nachweist — macht Cicero, auf seinem eigenen Weg gehend, diese zwei Kategorien der dialektischen Methode zu den Arten der definitio.<sup>35</sup>

In der klassischen Zeit können sowohl die quid est-definitio, als auch die partitio und die divisio in ciceronischem Sinn aufgefunden werden.

So sind quid est-definitiones die Folgenden:

„Ager est locus, qui sine villa est“ (Ulp. D. 50. 16. 27. pr);

„Silva cedua est, ut quidam putant, quae in hoc habetur, ut caederetur“ (Gai. D. 50. 16. 30. pr);

„Pratum est, in quo ad fructum percipiendum falce dumtaxat opus est“ (Ulp. D. 50. 16. 31);

„Palam est coram pluribus“ (Ulp. D. 50. 16. 33);

„Locus est non fundus, sed portio aliqua fundi; fundus autem integrum aliquid est“ (Ulp. D. 50. 16. 60. pr);

„Tigni appellatione in lege duodecim tabularum omne genus materiae, ex qua aedificia constant, significatur“ (Gai. D. 50. 16. 62).

Diese letztangeführte quid est-definitio scheint ausdrücklich die Definition solcher Richtung der Interpreten des Zwölftafelgesetzes zu zitieren.

Die Anzahl der partitiones ist auch groß genug in der klassischen Zeit. So:

„Rei appellatione et causae et iura continentur“ (Ulp. D. 50. 16. 23).

Der partitio-Charakter der definitio ist dadurch gezeigt, daß sie anspielend aufführt, was unter anderen zum Begriff der „res“ gehört.

„Solutum non intellegimus eum, qui licet vinculis levatus sit, manibus tamen tenetur; ac ne eum quidem intellegimus solutum, qui in publico sine vinculis servatur“ (Gai. D. 50. 16. 48).

<sup>33</sup> Nörr: Spruchregel, S. 36—37.

<sup>34</sup> Nörr (Divisio un Partitio, S. 21—22) weist darauf hin, daß dort die definitio = horismos, die divisio = diairesis, die partitio = merismos ist.

<sup>35</sup> Cicero teilt den Begriff definitio (= topos) in zwei Unterbegriffe auf, in die zwei Arten der diairesis: die partitio = merismos und die divisio = diairesis in engerem Sinne.

Es wird in dieser Quellenstelle gut gezeigt, daß Gaius einige aus den Fällen des „non solutum“ herausgreift, also eine res infinita definiert.

Ein typischer Fall der *partitio* ist die aus *Definitionum libri II* von Papinian genommene *definitio* über das *ius civile* als *res finita*:

„*Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit*“ (D. 1. 1. 7).

Gute uninterpolierte Beispiele der aufgrund der *divisio* stattfindenden *definitio* sind die Folgenden:

„*Legis virtus haec est: imperare, permittere, punire*“ (Mod. D. 1. 3. 7);

„*Munus tribus modis dicitur: uno donum ... altero onus ... tertio officium*“ (Paul. D. 50. 16. 18);

„*Intestatus est non tantum qui testamentum non fecit, sed etiam cuius ex testamento hereditas adita non est*“ (Paul. D. 50. 16. 64);

„*Hominis appellatione tam feminam quam masculum contineri non dubitatur*“ (Gai. D. 50. 16. 152).

Die Ungültigkeit des Testaments wird im *definitio*-Buch von Papinian in der Form der *divisio* gegeben:

„*Testamentum aut non iure factum ... aut nullius esse momenti ... aut rumpitur ... aut in irritum constituitur*“ (D. 28. 3. 1).

Es gibt eine Quellenstelle, wo die *quid est-definitio* und die *partitio rei infinitae* kontinuierlich verbunden werden:

„*Publica vectigalia intelligere debemus, ex quibus vectigal fiscus capit; quale est vectigal portus, vel venalium rerum, item salinarum et picariarum*“ (Ulp. D. 50. 16. 17. 1).

Es ist nichtsdestoweniger eine genug verbreitete Ansicht in der Literatur — wie in Verbindung mit der vorklassischen Zeit erwähnt — daß die *regulae* und *definitiones* dem Wesen nach einen identischen Begriff bezeichnen. Die Ursache dessen ist nicht nur, daß die hellenistische Terminologie die mit den Worten *kanon* und *horos* bezeichneten Begriffe manchmal als Synonyma, manchmal aber voneinander abgesondert angewendet, sondern auch daß die *regulae* und *definitiones* in jeder literarischen Gattung (*Institutiones*, *regulae*, *definitiones*, *pithana*, *sententia*, *digesta*, *responsa*, *quaestiones*, *disputationes*, *epistulae*, *notae*, etc.) vorkommen. Und auch das, daß in dem einzigen *definitio*-Werk, das Papinian geschrieben hat, die *definitiones*, *pithana*, *regulae* gemischt erscheinen, während in den *regula*-Büchern außer den *regulae* und *pithana* stellenweise auch *definitiones* zu finden sind. Die *Definitionum libri II* von Papinian (Pal. I. 809—813) enthalten 34 Fragments, von denen ausdrückliche *definitiones* sind 7, also ein wenig mehr als 20%. Die 19 Fragmente der *Regularum libri VII* und des *Regularum liber singularis* von Paulus (Pal. I. 1221—1223) sind hingegen alle *regulae*. Alle die 7 Fragmente der *Regularum libri XV* von Neratius, dem Verfasser des ersten *regula*-Buches (Pal. I. 774—775) sind *regulae*. Die 17 Fragmente der *Regularum libri IV* von Scaevola (Pal. I. 285—287) geben ebenfalls *regulae*. Nichts anderes als *regulae* sind in Gaius' *Regularum libri III* und *Regularum liber singularis* (Pal. I. 251) zu finden. Aus den 207 Fragmenten der *Regularum libri X* des Modestin (Pal. I. 732—740) können hingegen zwei *definitiones* erwiesen werden („*nuptiae sunt ...*“ und die *Definition* der *acceptilatio*), aus den 67 Fragmenten der *Regularum libri V* von Marzian (Pal. I. 680—688) springen uns die *definitiones* des *exilium* und der *servitus* ins Auge. Aus den 22 Fragmenten der *Regularum libri VII* und *Regularum liber singularis* von Ulpian (Pal. I. 1013—1016)

sind dem Wesen nach 3 definitiones (die Definitionen der Worte *cedere diem*, *venire diem* und *impensae* in der Form der *divisio*); das vierte Fragment ist aus der *Collatio* rekonstruiert, es ist also nachklassisch. Pomponius' *Regularum liber singularis* (Pal. II. 85—86) enthält 5 *regulae* und 1 *definitio*. Diese Liste macht wahrscheinlich genug, daß selbst die Klassiker kein Gleichheitszeichen zwischen *regula* und *definitio* legten, weil — während 20% der *Definitionum libri II* von Papinian wirklich *definitiones* sind und die anderen an der Grenze beider Begriffe stehen — die Anzahl der *definitiones* in den Büchern der *regulae* ganz unbedeutend ist, was zeigt, daß diese Werke keine einheitliche Struktur hervorgebracht haben und daß zwischen die *regulae* stellenweise auch *definitiones* gerieten.

Für eine Zusammenfassung läßt sich soviel feststellen, daß die *regulae* und *definitiones*, beide von denen eine gewisse Form der Abstraktion bedeuten, unvermeidlich in Verbindung miteinander gerieten. Dies machte die zwischen ihnen befindliche Grenze — besonders mit der Ausgestaltung der normativen *regulae* — zu einer ziemlich schwimmenden Grenze.

4. Unter dem Einfluß der griechischen Philosophie gestaltet sich jene Denkform der herrschenden Kasuistik aus, wonach der Jurist die Frage stellt, danach die verschiedenen Standpunkte anführt und schließlich die selbständige oder die einem der Standpunkte beipflichtende Lösung gibt.<sup>36</sup> Dies ist die *quaestio*.

„Papinianus de re, quae apud hostes est, Marcellum reprehendit, quod non putat in praestationes eius rei venire in familiae heriscundae iudicium, quae apud hostes est. Quid enim impedimentum est rei praestationem venire, cum et ipsa veniat“ (D. 10. 2. 22. 5).

„Sed et eius rei, quae in rebus humanis esse desiit, veniunt praestationes: et ego Papiniano consentio“ (ibid. 24. pr) —

sagt Ulpian, der früher den Rechtsfall aufwirft (die beim Feind befindliche Sache und die Anwendbarkeit der *actio familiae heriscundae*), dann den Standpunkt des Papinian und Marcellus mitteilt und schließlich selber den Standpunkt von Papinian annimmt.

Während diese von der aristotelischen Philosophie entlehnte Denkform eine besonders beliebte Form der Kasuistik ist, konnten sich zwei Formen der aristotelischen Logik, nämlich das *argumentum a contrario* und das *argumentum a maiore ad minus*<sup>37</sup> (bei Cicero: *a. ex contrario* und *a. ex comparatione maiorum aut parium aut minorum*. Top. 11) in der Kasuistik aber ebenso auch in der Abstraktion niederschlagen.

So kommt das *argumentum a contrario* unter anderen in Verbindung mit dem folgenden Rechtsfall zum Vorschein:

„Ex eo, quod prohibet lex Iulia de adulteriis testimonium dicere condemnatam mulierem, colligitur etiam mulieres testimonii in iudicio dicendi ius habere“ (D. 22. 5. 18).

Paulus weist darauf hin, daß nachdem der erwähnten lex Iulia zufolge die wegen Ehebruchs verurteilte Frau nicht Zeugnis ablegen konnte, daraus vernunftgemäß folge, daß die Frauen im allgemeinen Zeugen sein konnten.

Das *argumentum a maiori ad minus* erscheint schon in der Form der Abstraktion:

<sup>36</sup> Coing: Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles. SZ 69 (1952), S. 30—31.

<sup>37</sup> Coing: Zum Einfluß, S. 33.



„Non debet, cui plus licet, quod minus est non licere“ —  
sagt Ulpian (D. 50. 17. 21).

5. Der sozusagen bedeutendste Charakteristik der dialektischen Methode ist, nach Systemschaffung zu streben. Eine solche Bestrebung kann schon in der vorklassischen Zeit bei Q. Mucius Scaevola gefunden werden. Dieses System mag auf das System des zivilrechtlichen Responsensammlung des Sabinus eine gewisse Wirkung ausgeübt haben. Während aber das vorige System dem Wesen nach und der aufgrund des Kommentars „Ad Q. Mucium“ von Pomponius verfertigten Rekonstruktion gemäß nur ein Programm ist, wo sich eine gewisse Knotenbildung nur in Hinsicht des Erbrechts, des Besitzes und der Obligationen zeigt, können aus den „Ad Sabinum“ gemachten Kommentaren vier Teile rekonstruierbar unterschieden werden: das Erbrecht, Personenrecht, Schuldrecht und schließlich ein Programmkomplex, den die Pandektisten „Sachenrecht“ genannt hätten (Eigentumserwerb und Schenkung, Dienstbarkeiten, fiducia und postliminium).<sup>38</sup> Die Zusammenstellung der anderen Responsensammlungen der klassischen Zeit in der Lenelschen Palingenesia demonstriert kein entsprechendes System. Sie hatten wahrscheinlich kein bestimmtes System. Eine solche Erscheinung wird nur in dem Liber singularis regularum betitelten Werk von Ulpian gefunden. Dieses System ist das Folgende: die Rechtsquellen, Personen (Freilassung, Ehe mit manus und das damit verbundene Vermögensrecht, Vormundschaft, Pflegschaft und die lex Iulia et Papia Poppaea), das Eigentumsrecht (Sachen und Eigentum), Beerbung (Testament und gesetzliche Erbung), Schuldverhältnisse, actiones. Es ist aber sehr wahrscheinlich, daß — nachdem hier eine ebensolche regula-Sammlung in Frage ist, wie die oben erwähnten — dieses System nicht die von Ulpian erschaffene Kategorisierung der regulae beschreibt sondern aufgrund des Systems von Gaius von einem in der ersten Hälfte des 4. Jahrhunderts tätigen Epitomator gestaltet wurde.<sup>39</sup>

Es scheint aus den Obigen, daß die Werke der klassischen Zeit — zu welcher literarischen Gattung sie immer gehört haben — wenn sie die Produkte der respondierenden Tätigkeit der Juristen waren, mit der Ausnahme des Werks von Sabinus, ein ausgesprochenes System nicht aufweisen, wie dies Lenels Palingenesia erweist. Und dies ist natürlich, denn jedes literarische Werk — mit Ausnahme der Lehrbücher — ist die Zusammenstellung einer Kasuistik und dieses schon selber macht unwahrscheinlich jedes ausdrückliche System.

Die nach Salvius Iulianus, also der in der ersten Hälfte des 2. Jahrhunderts ausgeführten Ediktredaktion folgend verfaßten Editkommentare bilden dennoch eine gewisse Ausnahme, so die von Paulus oder Ulpian, die notwendig dem julianschen Ediktsystem zu folgen hatten. Dies mag aufgrund der Rekonstruktion von Lenel das Folgende gewesen sein: I. Teil über die iurisdictio und das Prozeßverfahren im allgemeinen; der II. Teil umfaßte die verschiedensten Themen, wie das iudicium, quae in bonis sunt, res creditae, bonae fidei iudicia, res uxoris, tutela, furtum, ius patronatus; der III. Teil begann mit der Beerbung (bonorum possessio, testamentum, legatum), dann setzte sich mit dem

<sup>38</sup> M. Voigt: Das Aelius- und Sabinus-System. Abhandl. der Sächs. Gesellschaft der Wissenschaften 7. 1875. — Lenel: Das Sabinussystem. Festgabe der Rechts- und Staatswiss. Fakultät Straßburg für R. v. Jhering 1892. — Schulz a. a. O. S. 187—188. — Pólay: „Publius Mucius et Brutus... fundaverunt ius civile“, S. 38 ff.

<sup>39</sup> Schulz a. a. O. S. 220—221.

Schutz des Eigentums fort (*operis novi nuntiatio*, *damnum infectum*, *actio aquae pluviae arcendae*) und behandelt auch andere Fragen, mit der *iniuria* einschließlich; der IV. Teil ist wiederholt ziemlich gemischter Zusammensetzung, denn er behandelt zuerst die *res iudicata*, dann spricht er über den *confessus* und *indefensus*, danach unter anderen über die mit der *possessio* verbundenen Fragen, den *bonorum emptor*, usw., während der V. Teil die außerprocessualen Rechtshilfen des *praetor* (*interdicta*, *stipulationes praetoriae*), sowie die *exceptio* als eine dem Beklagten gewährte prozessuale Rechtshilfe behandelt. Anhangsweise spricht er über das Edikt der *curules aediles*.<sup>40</sup>

Es kann aus den Gesagten festgestellt werden, daß die als ein Niederschlag der respondierenden Tätigkeit der klassischen Juristen erscheinende literarische Wirksamkeit ebenso kasuistisch war, wie die respondierende Tätigkeit selber. Sie versuchten kaum, ihre *responsa* zu systematisieren, waren also selbst in ihrer literarischen Tätigkeit durch die Kasuistik, die Beschreibung der miteinander nicht zusammenhängenden Rechtsfalllösungen geführt. Dies ist ein zweifelloser Beweis ihrer die kasuistische, die dialektische Methoden (die in der Systembildung entscheidend auf die Abstraktion deuten) nur mäßig anwendenden, Denkweise.

## B)

1. Die andere Projektion der *respondere*-Tätigkeit läßt sich in der philosophischen Rechtswissenschaft finden. Der sich unter den Bürgern immer mehr erweiternde Warenaustausch und der Gütertausch der Bürger mit den *peregrini* erschuf teils den Gedanken der von dem sakralen Gebiet auf das Gebiet des Rechts rezipierten *bona fides*, teils den Anspruch auf die Ausgestaltung eines ein breites Gebiet umfassenden Warenaustauschrechts, um den mit den Fremden stattfindenden Verkehr zu regulieren. Die steifen Grenzen zwischen dem Zivilrecht und dem prätorischen Recht mußten sich auflockern und mit dem immer blässeren Durchkommen der alten Rechtsgliederung entwickelte sich die neue Rechtsgliederung: die Dualität des *ius publicum* und *ius privatum*. Die ideologischen Grundlagen dieses Prozesses wurden von den Juristen vom Ende der Republik erschaffen, mit der Rezeption der auf die hellenistische Philosophie zurückweisenden aber auf römische Art und Weise umgestalteten Kategorien als ideologischen Formen und zwar der *aequitas*, des *ius naturale* und des *ius gentium* (nicht als positiven Rechts, sondern als eines philosophischen Begriffs).

2. Die Wurzeln der neuen Rechtsgliederung reichen natürlich auf die Zeit der Republik zurück. Das Begriffspaar *publicus-privatus* war nämlich schon dann bekannt, z. B. in der Form des *ager publicus* — *ager privatus*, *servus publicus* — *servus privatus*. Diese Duplizität erscheint aber erst bei Cicero, verbunden mit der alten Gliederung:

„*non publicum ius, non privatum et civile cognoverat*“ (Brut. 214),  
bzw. mit dem „*ius sacrum*“ in Verbindung gebracht bei Quintilian:

<sup>40</sup> Vgl. Lenel: EP<sup>3</sup> S. XVI—XXIV. — Schulz teilt den II. Teil in zwei Hälften. Der erste Teil beginnt mit der *iurisdictio*, Teil II/a mit den *iudicia*, II/b mit der Erbschaft, Teil III. mit der *res iudicata*, Teil IV. mit den *interdicta*. Der Grund dieser Teilung ist dem Wesen nach, daß seiner Ansicht nach der Unterteil II/a die allgemeinen, während der Unterteil II/b die schleunigen Rechtshilfen enthalte.

„Nam et genera sunt tria: sacri, publici, privatique iuris” (Inst. orat. 2. 4. 33).

An der Wende des ersten Jahrhunderts der Kaiserzeit spricht Gellius schon über diese zwei Rechtszweige:

„Ateius Capito publici privatique iuris peritissimus” (10. 20.2),

dann sagt Pomponius von einem der Juristen am Ende der Republik:

„Tubero doctissimus quidem habitus est iuris publici et privati” (D. 1. 2. 2. 46).

Diese Gliederung wird dann von Ulpian unmißverständlich festgesetzt:

„Publicum ius est, quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem” (D. 1. 1. 1. 2).

Der Inhalt dieser doppelten Gliederung des Rechtssystems wird dann von Cicero kräftig ausgedrückt:

„Scriptorum autem privatum aliud (ius) est, publicum aliud: publicum lex, senatus consultum, foedus; privatum tabulae, pactum conventum, stipulatio” (Orat. Part. 130).

Diesem Text nach bringt der Staat seinen Willen in Gesetzen, senatus consulta und foedera zum Ausdruck, während die Privatpersonen in Testamenten, privaten Vereinbarungen und Stipulationen. Der in der Literatur herrschenden allgemeinen Auffassung nach verweist dieser Unterschied auf die „Willensautonomie”. Das ius publicum ist dem Wesen nach der Wille des durch seine Beamten vertretenen römischen Volkes, das besonders die politische Führung bedeutet,<sup>41</sup> während das ius privatum dasjenige Recht ist, das die Rechtssubjekte im Rahmen ihrer Privatautonomie zustandebringen. Während das ius publicum das Gebiet der „lex publica” bedeutet (Gai. 2. 104 — 3. 174), ist das ius privatum auf dem Gebiet der „lex contractus” (Ulp. D. 2. 14. 7. 5 und der interpolierte Ulp. D. 50. 17. 23). Es ist zwar nicht zweifelhaft, daß diese Doppelheit bis zu einem gewissen Maße die Rückspiegelung eines gewissen Begriffspaares der griechischen Philosophie (nomos-lex, synallagma-pactum conventum) bei Marzian (D. 1. 3. 2) ist. Ihr Ursprung sei *Manigk*s Ansicht nach bei den Sophisten und dem Aristoteles zu suchen.<sup>42</sup> Es ist aber auch nicht zweifelhaft, daß die lex mancipationis (Gai. 1. 172), lex locationis (Alfenus D. 19. 2. 30. 3), die bekannte lex commissoria, usw. auf handgreifliche Lebensverhältnisse hinweisen, während die einseitige Willensäußerung (Gai. 3. 96) und solche Ausdrücke, wie: delictum contrahere (D. 1. 3. 1. Pap.), culpam contrahere (Pap. D. 3. 5. 30. 2) auch beweisen, daß die Privatautonomie auf dem Gebiet der lex contractus zur Geltung kommt, während selbst bei dem Gesetz die Willensautonomie des populus Romanus ausgedrückt wird: „lex est ... communis rei publicae sponsio” (Pap. D. 1. 3).

3. Die drei in der vorklassischen Rechtswissenschaft unter dem Einfluß der griechischen Philosophie ausgestalteten und für die Liquidierung der alten Rechtssystemgliederung, sowie die durch die sozialen-wirtschaftlichen Verhältnisse nötig gemachte Ausgestaltung einer neuen Gliederung die ideologische

<sup>41</sup> A. *Manigk*: Privatautonomie. Festschr. f. P. Koschaker, I. Weimar, 1938., S. 266 ff. — *Kaser*: Das altrömische ius. Göttingen, 1949., S. 76. — *Mayer—Maly*: Locatio conductio. Wien, 1956., S. 106 ff. — U. v. *Lübnow*: Das römische Volk. Sein Staat und sein Recht. Frankfurt a/M., 1955., S. 618, mit Literatur in der Fußnote 6. — *Pólay*: Differenzierung der Gesellschaftsnormen im antiken Rom. Budapest, 1964. S. 311 ff.

<sup>42</sup> *Manigk* a. a. O. S. 274.

Grundlage erschaffenden philosophischen Kategorien erhielten bei den klassischen Juristen teilweise einen Ausdruck, teilweise eine Weiterentwicklung.

Die *aequitas*, die bei Cicero dem Wesen nach zuerst teils als Gleichheit, teils als Billigkeit erscheint, kommt bei den nicht-rechtlichen Schriftstellen ähnlich als Gleichheit vor: *aequum ius = par ius* (Vell. 2. 121. — Tac. Ann. 2. 82. — Seneca ep. 107) oder als Billigkeit, bei Celsus: „*ius est ars boni aequi*“ (Ulp. D. 1. 1. 1. pr.). Gaius nennt die prätorischen *actiones*: „*in bonum et aequum conceptae*“ (D. 4. 5. 8). Die Juristen des Prinzipats halten die *aequitas* als eine Richtschnur vor, der die einzelnen Rechtsregeln nur teilweise entsprechen (Scaev. D. 46. 3. 95. 4) oder damit gerade in Konflikt sind, wie Gaius sagt:

„*Sed hae iuris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt*“ (D. 3. 25).

*Aequitas* ist den Klassikern gemäß in der engsten Verbindung mit dem *ius naturale*, das Paulus so definiert, daß es mit dem „*bonum et aequum*“ identisch ist (D. 1. 1. 11):

„*id, quod semper bonum et aequum est, ius dicitur, ut est ius naturale*“.

Sie wird dem Scheine nach auch für die Bezeichnung des positiven Rechts benützt, wie „*quaedam naturali iure communia sunt omnium ... aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris*“ (Marc. D. 1. 8. 2. pr.), oder wie Florentinus über den durch die *occupatio* geschehenen Eigentumserwerb sagt: „*item lapilli, gemmae, ceteraque, quae in litora invenimus, iure naturali statim nostra fiunt*“ (D. 1. 8. 3); das Prinzip „*superficies solo caedit*“ wird von Gaius für die Einrichtung des *ius naturale* gehalten (2. 73), während Paulus die *locatio conductio* als eine solche qualifiziert (D. 19. 2. 1).

Es ist dennoch unzweifelhaft eine philosophische Kategorie, die aus demjenigen *nomos* der griechischen Philosophie herrührt, wonach es ein solches Gesetz gibt, das für die Tiere ebenso gültig ist, wie für die Menschen, die Verbindung der Geschlechter, die Erziehung der Kinder (Hesiodos *Erga* 276).<sup>43</sup>

Die Widerspiegelung dieser Vorstellung ist bemerkbar auch in Ulpian's Definition des *ius naturale*:

„*Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit; nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium ... commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio*“ (D. 1. 1. 1. 3).

Die dritte philosophische Kategorie, das *ius gentium* erhält bei Ulpian einen klaren Ausdruck:

„*Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur, quod a naturali recedere facile intelligere licet, quis illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit*“ (D. 1. 1. 1. 4).

Es ist unmöglich, den ideologischen Charakter des *ius naturale* und *ius gentium* klarer als dies zu machen.

Gaius definiert den Begriff des *ius gentium* auch in Verbindung mit der *naturalis ratio*:

„*Quod ... naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur, vocaturque ist gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*“ (1. 1).

Die philosophische Rechtswissenschaft falle Schulzen's Meinung nach außer-

<sup>43</sup> Schulz a. a. O. S. 161.

halb der Grenzen der Rechtswissenschaft.<sup>44</sup> Halten wir die praktische Kasuistik der römischen Juristen vor Augen, so ist dies für den ersten Augenblick natürlich wirklich so. Untersuchen wir aber die Funktionen der *aequitas*, des *ius naturale* und des *ius gentium*, welche drei philosophischen Kategorien geeignet waren, die Gliederung des römischen Rechtssystems in *ius civile* und *ius honorarium* (*praetorium*) auf einer philosophischen Grundlage im Rahmen der Rechtswissenschaft so zu begründen, daß eine neue Gliederung des Rechtssystems, die Ausgestaltung der Doppelheit des *ius publicum* und *ius privatum*, was die Entwicklung der europäischen Rechtssysteme für anderthalbtausend Jahre determiniert hat, möglich machte: so können wir die philosophischen Kategorien nicht so qualifizieren, daß sie außerhalb der Rechtswissenschaft stehen, sondern so, daß sie die organischen Teile der Rechtswissenschaft und zwar am Ende der Republik bestehenden und der klassischen Rechtswissenschaft sind.

Es scheinen diesem die Definitionen von Cicero über die *aequitas* (Top. 9), die *naturalis ratio* (De leg. 1. 19), sowie die von Gaius über die *naturalis ratio* und das *ius gentium* (I. 1), bzw. die von Paulus über die *aequitas* und das *ius naturale* (D. 1. 1. 11), und nicht minder die des Ulpian über das *ius gentium* zu widersprechen, die sich mit der Denkart der praktischen Klassiker kaum zu vertragen scheinen. Man darf aber nicht außer acht lassen, daß diese Juristen diese philosophischen Kategorien selbst im Laufe ihrer respondierenden Tätigkeit — als die Begründung je eines Rechtssatzes — angewendet haben. Wir wünschen hier nicht auf etwas grundlegend Verschiedenes hinzuweisen, als auf die philosophische Begründung des das Verwerfen der ungerechtfertigten Bereicherung enthaltenden *regula*, die im Sabinus-Kommentar von Pomponius zu finden ist:

„Nam hoc natura aequum est nemini cum alterius detrimento fieri locupletiores“ (D. 12. 6. 14).

Pomponius begründet seine mit dem Kaufpreis verbundene Feststellung beim Kauf mit Hinweis auf die *naturalis ratio*:

„Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire“ (Ulp. D. 4. 4. 16. 4).

Paulus führt die Regel, daß die Miete und der Kauf mit dem Konsens der Parteien zustande kommt, auf die *naturalis ratio* zurück:

„Locatio et conductio cum naturalis sit et omnium gentium non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emptio et venditio“ (D. 19. 2. 1).

Die Zurückführung des Prinzips „*superficies solo caedit*“ auf das *ius naturale* stammt aus einem Lehrbuch, aber aus dem Lehrbuch eines respondierenden Juristen:

„Id, quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamquam ille suo nomine aedificaverit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit“ (Gai. 2. 73).

Die „bei allen Völkern geltenden“ Regeln des *ius gentium* dienen zum Grunde des Eigentumserwerbes mit Hilfe der *occupatio* über die wild lebenden

<sup>44</sup> Schulz (a. a. O. S. 159) sagt, als er über das *ius naturale* spricht, die Folgen: „Die römische Rechtswissenschaft ist eine Fachwissenschaft, die Grenzüberschreitungen vermeidet und die Philosophie den Philosophen überläßt“. Anders bei Wieacker (Offene Wertungen bei den römischen Juristen. SZ 94 (1977) S. 32 ff.) besonders in Bezug des spätklassischen Rechts.

Tiere (Gai. D. 41. 1. 1. 1), des Ehehindernisses zwischen Verwandten in auf- und absteigenden Linien (Paul. D. 23. 2. 68), usw.

Die philosophischen Kategorien erwiesen sich also als sehr nützliche Argumente für die respondierenden Juristen bei der Begründung der Existenzberechtigung einiger Rechtsinstitute.

4. Es taucht als eine Frage auf, in Verbindung mit der philosophischen Rechtswissenschaft des klassischen Zeitalters, ob L. Annaeus Seneca (4 v. u. Z. — 65 u. Z.), der namhafteste Vertreter des römischen Stoizismus, der Erzieher des Kaisers Nero, der Philosoph, der ein Anhänger des griechischen Pantheismus war, das höchste Gut in der ataraxia, der Ruhe und dem Frieden des Geistes sah, und den Engels den „Onkel des Christentums“ nennt, in demselben Sinn, wie Cicero als iuris consultus qualifiziert werden könne.

Als ein Rat von Nero und consul hatte er mutmaßlich in der Erzeugung des mit dem Erbrecht verbundenen Sc. Trebellianum teilgenommen, worüber Ulpian sagt, daß:

„Factum est enim senatus consultum temporibus Neronis octavo calendae Septembres Annaeo Seneca et Trebellio Maximo consulibus“ (D. 36. 1. 1. 1).

Gaius (2. 253) berichtet auch über dasselbe. Düll erweist außerdem, daß er in der — dem Wesen nach dann schon abgelaufenen — Debatte des verbum und voluntas für die voluntas Stellung genommen hat: „Beneficium non in eo quod fit aut datur consistit, sed in ipso dantis aut facientis animo“ (De benef. 1. 6). Außerdem gab er seine Meinung auch über die clausula rebus sic stantibus: „Quid miraris, cum condicio promittentis mutata sit, mutatum esse consilium?“ (De benef. 4. 39). Seine anderen von Düll<sup>45</sup> angeführten Äußerungen gehören aber viel mehr zum Gebiet der Philosophie, so z. B. seine Feststellung, daß: „urbanus praetor ... assessoribus tria verba pronuntiat ... quid sit iustitia, quid pietas, quid sapientia“ (De tranquill. animi 3), oder ein anderer Ausdruck von ihm, wonach „clementia liberum arbitrium habet“ (De clem. 2. 7).

Bei der Beurteilung von Seneca ist jedenfalls in Betracht zu nehmen, daß während Cicero als ein sog. Respondierjurist qualifiziert werden kann — wie oben erörtert — Seneca doch war nicht das. Sein Name kommt in der nach ihm folgenden Zeit in den juristischen Werken nur dreimal vor und alle drei Stellen weisen darauf hin, daß er in der Zeit des Sc. Trebellianum consul war (Gai. 2. 253 — Ulp. D. 36. 1. 1. 1. — Inst. 2. 23. 4), während Cicero — abgesehen von mehreren Teilen des Enchiridium des Pomponius (D. 1. 2. 2) — kommt bei den Klassikern viermal vor, als eine juristische Autorität, worauf man sich berufen kann.<sup>46</sup>

<sup>45</sup> R. Düll: Seneca iurisconsultus, ANRW II, 15, S. 364 ff.

<sup>46</sup> So weist Papinian auf ihn in der Frage, ob gegen die Frau aufgrund der lex Iulia de maiestate ein Strafverfahren eingeleitet werden könne (D. 48. 4. 8.). Tryphonin führt Ciceros Stellungnahme in der Frage der retentio ex dote an (D. 48. 19. 39), Celsus zeigt darauf hin, daß der Begriff „litus“ zuerst vom Cicero, dem arbiter, festgesetzt wurde (D. 50. 16. 96. pr), schließlich weist Ulpian darauf hin, wie Cicero den Begriff des latitans definiert (D. 42. 4. 7. 4). — Vgl.: Nörr: Cicero als Quelle und Autorität bei den römischen Juristen, Festg. f. J. Sontis, München, 1977.

1. Außer der cavere-agere-respondere Trias tritt in der Zeit des Prinzipats die docere-instituere-Tätigkeit als eine selbständige juristische Funktion auf. Dies bedeutet natürlich nicht im entferntesten, daß in der vorklassischen Zeit, ja sogar früher, kein Rechtsunterricht gewesen wäre. Wir wissen z. B., daß Ti. Coruncanius der erste war, der mit der öffentlichen Verteilung der responsa dem Wesen nach einen Rechtsunterricht leistete. Betreffs der vorklassischen Zeit werden wir von Pomponius darüber berichtet, daß sich Sextus Aelius und P. Aelius, sowie L. Atilius (D. 1. 2. 2. 38), dann Q. Mucius Scaevola (D. 1. 2. 2. 41. ff.) mit Rechtsunterricht beschäftigten. Wir wissen davon auch, daß Servius seine juristische Ausbildung von Q. Mucius erhielt und dann auch er selber eine Schule gegründet habe (D. 1. 2. 2. 43—44). Diese Schulen aber und dieser juristische Unterricht unterschieden sich wesentlich von denen, die bei den drei bedeutenden Juristen der klassischen Zeit beobachtbar sind. Der Unterschied besteht darin, daß die Genannten schon ausdrücklich Lehrbücher geschrieben haben, ausschließlich für den Zweck des Unterrichts und damit nicht nur die „docere“-, sondern zunächst nur grundlegend die „instituere“-Tätigkeit ausführten. Diese drei Juristen sind Florentinus, Gaius und Marcianus, von denen Schulz<sup>47</sup> die Folgenden feststellt: „Es gibt jetzt Juristen, die nicht nur kein Amt bekleiden, sondern die auch nicht mehr als Respondenten tätig sind: sie sind nur noch Lehrer und Schriftsteller. Man darf hier von einer akademischen Gruppe sprechen.“ Unseres Erachtens ist aber der Standpunkt von Schulz die Folge seiner ein wenig voreiligen Anschauung. Es ist zwar unzweifelhaft, daß Florentinus, der in der zweiten Hälfte des 2. Jahrhunderts u. Z. tätig war, den Quellenangaben gemäß nur ein aus 12 libri bestehendes Institutio-Buch hinterließ (Pal. I, 171—178). Es wäre hingegen viel zu kühn, auch von Gaius daselbe zu behaupten. Gaius hat nämlich nicht nur die Institutionum commentarii libri IV, als ein ausdrückliches Lehrbuch geschrieben, sondern auch andere Werke, die uns überhaupt nicht überzeugen, daß er kein Respondierjurist hätte sein können.<sup>48</sup> In seinem zum Edikt des praetor urbanus geschriebenen Kommentar kommt nämlich der folgende Text vor:

„Quaerentibus autem nobis, utrum duplum totum poena sit et praeterea rei sit persecutio, an in duplo sit et rei persecutio, ut poena simpli sit, magis placuit, ut res in duplo sit“ (D. 39. 4. 5. 1).

Das weist darauf hin, daß man sich zu Gaius für juristisches Gutachten wendete und er solche gab (es ist nicht wahrscheinlich, daß Gaius in der Mehrzahl sich selbst bezeichnet als einen der für ein solches Gutachten bat). Dies bedeutet natürlich nicht, daß er mit dem Recht der Respondierung versehen war, so viel aber jedenfalls, daß er respondierte. In seinen Werken kommt übrigens der Ausdruck „quaesitum est“, der auf eine solche Tätigkeit hinzuweisen scheint, wie z. B. in D. 34. 5. 7 im Fideicommissorum liber I. Ja sogar

<sup>47</sup> Schulz a. a. O. S. 127.

<sup>48</sup> Kunkel (Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen. Weimar, 1952. S. 318) weist (die communis opinio vertretend) darauf hin, daß Gaius kein ius respondendi hatte. Diódsi, Gy. (Gaius der Rechtsgelehrte. ANRW II, 15., S. 609) meint hingegen so, daß aufgrund der D. 39. 4. 5 eben das Gegenteil davon wahrscheinlich sei, auch deswegen, weil Gaius vermutlich in Rom wohnte (S. 614 ff.). Außerdem denkt er, daß nicht nur die Institutionen, sondern auch die „Res cottidianae“ und der zum Zwölftafelgesetz geschriebene Kommentar eher Unterrichts- als praktische Zwecken dienten (S. 610).

finden wir auch quaestio in seinem zum edictum provinciale geschriebenen Kommentar, als er in Verbindung mit den Teilungsklagen die Ansichten von Ofilius und Proculus, dann die von Cassius und Pegasus anführt und, als ein Schlußwort, seine eigene, mit den der Letzteren übereinstimmende Meinung (D. 2. 1. 11. 2). So war Gaius aller Wahrscheinlichkeit nach, wenn auch nicht mit ius respondendi, jedenfalls ein Respondierjurist. Es scheint gegen sein ius respondendi zu sprechen, daß er — einer allgemeinen Auffassung gemäß — ein Provinzialjurist gewesen sein mag, mit Rücksicht auf seinen zum edictum provinciale geschriebenen umfassenden Kommentar und auf viele andere Ursachen (eine Kenntnis antiquarischen Charakters des alten römischen Rechts; ferner daß er von seinen Zeitgenossen nicht zitiert wird; gewisse Mängel an der Kenntnis solcher Rechtssätze, wie z. B. die regula „falsa demonstratio non nocet“, die ein hauptstädtischer Jurist unbedingt hätte kennen sollen; ferner daß seine Bücher auf dem römischen Markt nicht sehr in Verkehr waren,<sup>49</sup> usw.). Diese Frage ist aber bis zum heutigen Tag unentschieden. Es könnten nämlich ebenso viele Argumente dafür aufgebracht werden, daß Gaius ein in Rom tätiger Jurist war, als dagegen. Wir müssen also mit soviel zufrieden sein, daß er zwar grundlegend ein Rechtslehrer gewesen sein mag, beschäftigte sich auch mit Verteilung von responsa. Die beiden waren nämlich nicht unvereinbar, da Gellius (13. 13. 1) über „stationes ius publice docentium aut respondentium“ spricht.

Die Lage ist einigermaßen verschieden bei Marcianus, dessen Werke nach Caracallas Tod erschienen (Pal. I. 639). Drei Werke von ihm haben sich erhalten, außer seinen Institutionen: De appellationibus libri II, — De delatoribus liber singularis, — Ad formulam hypothecariam liber singularis; und möglicherweise ein Digest. In diesen führt er Papinian und Marcellus (D. 49. 14. 18. 10), bzw. Pomponius (D. 20. 2. 2. — 5) an aber nicht den Regeln der Dialektik gemäß in der Form der quaestio, sondern viel mehr in der Form der lectio für Hörer. Hier aber entsteht die Möglichkeit, daß er nicht ausschließlich ein Rechtslehrer war, sondern auch ein Beamter der kaiserlichen Kanzlei, nachdem er in seinen Werken zahlreiche, zwischen 198 und 211 entstandene, kaiserliche rescripta publiziert und auslegt.<sup>50</sup>

Die rein institutierende Tätigkeit — die *Schulz* bei allen drei Juristen annimmt — scheint also nur bei Florentin beinahe sicher zu sein, aber die Grundlage der Schlußfolgerung ist auch hier nur ein argumentum a silentio, da andere Werke des Gennanten, als seine Institutionen, nicht erhalten blieben. Wir denken aber, daß diese von *Schulz* erschaffene Kategorie für die juristische Tätigkeit gar nicht bedeutend ist. Institutionen wurden nämlich außer den Genannten auch von Paulus (Pal. I. 1114—1115), Ulpian (Pal. II. 926—940) und dem als Provinzialjurist ansehbaren Callistratus (Pal. I. 97) geschrieben.<sup>51</sup>

Es entsteht noch als ein weiteres Problem die Frage, als was Pomponius' Enchiridii liber singularis (Pal. II. 44—52) zu qualifizieren sei, woraus nur drei Fragmente bekannt sind (obwohl auch die umfangreichen Textteile über die Anfänge der römischen Gesetzgebung und die Geschichte der römischen Rechts-

<sup>49</sup> Diódsi, ANRW II. 15. S. 609. — Liebs, ANRW II. 15. S. 294 ff.

<sup>50</sup> Krüger a. a. O. S. 251. — *Schulz* schließt aus der obigen Tatsache nur, daß er bei dem kaiserlichen Archiv freien Zutritt haben konnte, aber dort nicht angestellt war (a. a. O. S. 127).

<sup>51</sup> Liebs: Röm Provinzialjurisprudenz, ANRW II. 15., S. 310 ff.



wissenschaft zu diesen gehören), sowie Sabinus' „Iuris civilis libri III (Pal. II. 187—188), die *Schulz* als ein Lehrbuch qualifiziert.<sup>52</sup>

Was das vorige Werk anbelangt, ist kaum zweifelhaft, daß es ein dem Zweck des Rechtsunterrichts dienendes Lehrbuch ist. Dies wird durch die Definition des *ius gentium* als eine Variante des Rechtsbegriffs und die mit S. Julian schließende Chronologie rechtsgeschichtlichen Charakters (D. 1. 1. 2 — 1. 2. 2) gezeigt. Was das sabinianische Werk betrifft, in dieser Hinsicht haben wir schwere Besorgnisse in betreff der Meinung von *Schulz*. Das rekonstruierte System des Werkes selber ist dem System des Werkes von Q. Mucius sehr ähnlich und das ist selbst von *Schulz*<sup>53</sup> nicht als ein Lehrbuch qualifiziert. Das Rechtslehrbuch soll nämlich offenbar mit dem Recht als Grundbegriff beginnen — wie im allgemeinen bei den Institutionen gesehen — hier beginnen aber sowohl das System von Q. M. Scaevola als auch das des Sabinus mit dem Erbrecht, ist also keineswegs geeignet, die Auditoren in die Rechtswissenschaft durch ihren Begriff einzuführen.

2. In den Folgenden soll untersucht werden, worin sich die instituere- (docere-) juristische Tätigkeit manifestierte, bzw. was für Eigenheiten in den erwähnten Institution-Bücher näher betrachtet entdeckt werden können.

a) Es kann in ihnen zunächst einmal ein ziemlich bestimmtes System theoretischen Charakters beobachtet werden, das vom Recht als einem Grundbegriff ausgehend probiert, die Grundlagen des Rechtssystems, genauer die Grundinstitute des Privatrechts mit didaktischer Tendenz zu demonstrieren. So ist Gaius' System das Folgende: Der Begriff des Rechts und die Rechtsquellen, dann der Teil über die Personen (*personae*), danach die Teile über das Vermögen, die Sachen (*res*) und schließlich über das Prozeßrecht, die Klagen (*actiones*).<sup>54</sup>

Florentins System spricht als Einführung gleichfalls über den Begriff des Rechts unter dem Titel *De iustitia et iure*, über das Personenrecht (Familienrecht und Vormundschaft), danach über den Eigentumserwerb, die obligationes und wiederholt über das Personenrecht (*de statu hominum*) und endlich über die Erbschaft (Pal. I. 171). Marzians Institutionen sprechen als eine Einführung über das Recht (*De iure*), dann über das Personenrecht (den persönlichen status, die Freilassung, Ehe, Vormundschaft), über die Sachen (Klassifizierung, Eigentumserwerb), dann über die Erbschaft und schließlich über gewisse Delikte und *crimina*. — Über Ulpians Institutionen können wir kein solches einheitliches Bild entwerfen, da sie sich fragmentarisch genug erhielten. Als Einführung sprechen sie über „*De iustitia et iure*“, dann über das *ius naturale*, *gentium* und *ius civile*; es folgt diesem das Personenrecht (die Mündigen und Unmündigen, die Mitgift). Dann spricht er über die Sachen (deren Erwerb, Verlust, die Servituten), die Erbschaft und schließlich über die *interdicta*. Von Paulus' Institutionen kennen wir nur vier *tituli*: *de possessionibus*, *de servitutibus*, *de obligationibus* und *de dotibus*. Callistrats Institutionen geben das folgende Bild: *de adoptionibus*, *de rerum divisione*, *de acquirendo rerum dominio*, *de obligationibus*. — Das *gaianische* Werk gibt also ein volles System, was natürlich nicht bedeutet, daß gewisse Mängel auch dort nicht zu finden

<sup>52</sup> *Schulz* a. a. O. S. 187—189.

<sup>53</sup> *Schulz* a. a. O. S. 112.

<sup>54</sup> „*Omne ius autem — sagt Gaius (I. 8) — quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. Sed prius videamus de personis*“. Eine wahre Lehrbucheinleitung!

wären (daß z. B. er von den Realkontrakten nur das *mutuum* behandelt). Dieses Werk aber umfaßt das in heutigem Sinn genommene materiale und formale Privatrecht, dieses letztere der Denkweise der römischen Juristen entsprechend in der Form der *actiones*. Es ist übrigens eine allgemeine Erscheinung bei den Lehrbuchsystemen, daß sie aus dem Begriff des Rechts ausgehen und dann über die Personen (einschließlich die Regelung der mit der Familie verbundenen Verhältnisse) und über die Sachen sprechen. Danach unterscheiden sich diese Systeme voneinander. Gaius, Marzian und Ulpian sprechen nach den Sachen über die Erbschaft, während bei Florentin, Paulus und Callistrat nach den Sachen (dem Eigentum) die Obligationen folgen. Florentin gibt die Erbschaft am Ende, das Recht der *actiones* wird aber nur von Gaius behandelt. Es ist gleichfalls Gaius, der mit der Kategorisierung der *res corporales et incorporales* den Grund erschafft (Gai. 2. 12), der die Grundlage der Doppelheit der Sachen- und Obligationsrechte wird.

Aufgrund der Gesagten denken wir, daß das Institutionssystem vom Gaius das vollkommenste zu sein scheint, da es nach der allgemeinen Einführung über Recht und Rechtsquellen im Rahmen der *personae* und der *res* das materiale Recht in zwei Gruppen verteilt und dann im Rahmen der *actiones* das formale Recht gibt (wenn auch nicht immer in seiner Vollständigkeit). Florentins System zeigt sich vielleicht deshalb vollständiger, weil er nach den Sachen (dem Eigentum) vernunftgemäß über die den Verkehr der Sachen behandelnden Obligationen spricht und das Werk mit der Erbschaft beendet, die die Kenntnis der Sachen und Obligationen gleichermaßen voraussetzt. Es fehlt hier hingegen am Recht der *actiones* und auch in Ulpians Lehrbuch wird das formale Recht nur durch die *interdicta* gebildet.<sup>55</sup>

b) Die Eigenheit der Lehrbücher, außer dem die gemeinsamen Züge angehenden und entscheidend dem Zweck des Unterrichts dienenden System, ist, daß sie sich mit dem Begriff des Rechts beschäftigen. Das ist aber ganz egal, ob dies im Definieren der philosophischen Rechtskategorien (*ius gentium ius naturale*) und dann des Rechts durch *partitio* besteht (die Aufzählung der Rechtsquellen, aus denen das römische Recht gegeben ist), wie bei Gaius gesehen (I. 1.—8) oder bei Ulpian (Definierung des *ius naturale, ius gentium*), der auch die Definition des *ius publicum* und *privatum* gibt (D. 1. 1. 1. pr. —2. —3. —4) und dann nach der Definition des Zivilrechts (D. 1. 1. 6.) — aufgrund des Celsus — auch die Definition des in einem völlig abstrakten Sinn benützten *ius*-Begriffs gewährt (D. 1. 1. 1. pr) oder das Verhältnis des *ius civile* zum *ius honorarium* festsetzt, wie Marzian, dessen Ansicht nach „*ius honorarium viva vox est iuris civilis*“ (D. 1. 1. 8). Die gemeinsame Eigenheit dieser Definitionen ist die vollkommene Abstraktion.

<sup>55</sup> Liebs' Meinung nach (Rechtsschulen, ANRW II, 15, S. 231 ff), obwohl wir am meisten das System von Gaius kennen, mögen wir das nicht als das vollkommenste System ansehen, wie die allgemeine Auffassung es tut. Das Sabinus-System scheint vielleicht vollständiger zu sein. Wir denken aber, daß das System von Sabinus kein Lehrbuchsystem ist — hier jedoch sprechen wir über das System des Unterrichtsmaterials. C. Scherillo (*Adnotationes Gaianae* II — Gaio e Nerazio. *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria* I, Milano, 1968, S. 81 ff) denkt, daß Neratius' „*Regularum libri XV*“ das Bindeglied zwischen den Systemen von Sabinus, eventuell Cassius, und Gaius gewesen sein mögen. — Es ist aber aus den unter Pal. I. 774—775 publizierten 7 Fragmenten nur so viel sehen, daß nach den Personen die Sachen und die Erbschaft behandelt wurden. Das ist jedoch auch in anderen Institutionssystemen zu sehen; so kann die sich auf die einzige Fußnote von Lenel (Pal. I. 774) stützende Feststellung kaum maßgebend sein.

c) Man findet aber eine völlige Abstraktion in den Institutionen nicht nur bei der Definition des Rechts selber als einer positiven oder philosophischen Kategorie, sondern auch bei der Definition von einigen allgemeinen Begriffen, wie z. B. im Falle der klassischen Definition von Ulpian über die Rechtswirkungen:

„Totum autem ius consistit aut in acquirendo, aut in conservando, aut in minuendo“ (D. 1. 3. 41).

Eine ähnlich allgemeine Regel gibt die theoretische Klassifizierung der Sachen aufgrund des *ius naturale*:

„Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum“,

sagt Marzian in seinen Institutionen (D. 1. 8. 2. pr).

d) Anderswo finden wir die Definition prinzipieller Bedeutung einiger Rechtsinstitute, wie z. B. in Florentins Institutionen:

„Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum“ (D. 23. 1. 1),

oder die Definition des *ingenuus*-Begriffs bei Marzian:

„Ingenui sunt, qui ex matre libera nati sunt“ (D. 1. 5. 5. 2),

oder die Definition des Begriffs der Freilassung bei Ulpian:

„Manumissio ... id est datio libertatis“ (D. 1. 1. 4. pr).

e) Es ist schließlich in den Institutionen auch eine gewisse Geschichtlichkeit zu finden.<sup>56</sup> Damit wollen wir überhaupt nicht sagen, daß die Verfasser der Institutionen Rechtshistoriker gewesen wären, oder sie im allgemeinen auch Rechtsgeschichte gegeben hätten, desto weniger, weil eine solche Erscheinung nur bei Gaius und Pomponius vorkommt. Es gibt bei ihnen mehr einige rechtsgeschichtliche Bemerkungen, mit anekdotischen Charakter (Pomponius), aber ohne Folgerungen davon abzuziehen — wie Kaser sagt.<sup>57</sup> Wir halten aber für übertrieben die Feststellung von Schulz,<sup>58</sup> wonach hier man nicht über Rechtsgeschichte sprechen könne, weil eine solche Erscheinung nur bei zwei Akademikern vorkam und keiner von diesen einen Nachfolger fand, so daß die Rechtsgeschichte außerhalb des Gebietes der römischen Rechtswissenschaft liege. Wir denken, daß die Institutsgeschichte von Gaius, die sich in der Behandlung der in seiner Zeit schon lange veralteten Prozeßordnung mit *legis actiones* realisiert (4. 11. ff), sowie die im *Enchiridium* des Pomponius gewährte äußere Geschichte des römischen Rechts (1. *iuris origo et processus*, d. h. die Entstehung des Rechts und die Entwicklung der Rechtsquellen, 2. *magistratum nomina et origo*, d. h. die Geschichte der staatlichen Würden mit besonderer Rücksicht auf die *iurisdictio* und 3. *auctorum successio*, d. h. die Persönlichkeit der Juristen in Verbindung mit der Geschichte der Rechtswissenschaft und der Rechtsschulen<sup>59</sup>) irgendwie dennoch in Verbindung mit der römischen Rechtswissenschaft ist, selbst wenn wir wissen, daß bei den römischen Juristen die geschichtliche Anschauung von der Behandlung der einzelnen Institute fehlte. Die Neigung zu den Antiquitäten ist dennoch auffällig, nicht nur in beiden Werken, sondern auch in dem — vielleicht dem Zweck des Unterrichtes dienenden — *Zwölftafelkommentar* von Gaius.

<sup>56</sup> Siehe Gaius und Pomponius.

<sup>57</sup> Kaser: Rechtsgesch. S. 175.

<sup>58</sup> Schulz a. a. O. S. 158.

<sup>59</sup> Nörr: Pomponius, ANRW II. 15., S. 517.

3. Es ist aus den Obigen festzustellen, daß man in der klassischen Zeit — wie *Liebs*<sup>60</sup> betont — „instituiere . . . den theoretischen Unterricht bezeichnete“. Dies bedeutete, daß die Rechtswissenschaft in der Abstraktion die Rahmen der Regular- und Definitionsjurisprudenz (oder Rechtswissenschaft) schon überschritten hat. Es ist zwar zweifellos, daß solche regulae, wie z. B. die von Neratius, wonach: „Legis virtus haec est: imperare, vetere, permittere, punire“ (D. 1. 3. 7), mit der Praxis in keiner unmittelbaren Verbindung waren, waren doch die regula-Bücher — wie *Stein*<sup>61</sup> richtig ausführt — zum Unterricht nicht geeignet, teils weil sie nur kurze Regeln enthielten ohne Begründung, in einer völlig losen Struktur, teils weil sie dem angehenden Studenten ein viel zu spezielles Material gaben. Sie wurden neben den Institutionen vielleicht eher als Hilfsbücher, Schulregelsammlungen angewendet. Demgegenüber definierten die Institutionen den Begriff des Rechts und der ins Recht rezipierten philosophischen Kategorien in einem bestimmten — wenn auch nicht immer gelungenen-System und gaben die Definition von einem breiteren Kreis umfassenden theoretischen Kategorien (z. B. Rechtswirkungen). Sie gewährten die grundlegende, wenn auch für den kasuistischen Juristen nicht immer unmittelbar verwertbare Definition einiger Rechtsinstitute. Ja sogar, sie gaben stellenweise Informationen über den historischen Verlauf der römischen Rechtsentwicklung.

Die mit dem Wort *instituiere* bezeichnete juristische Tätigkeit ist also die in der klassischen Zeit des römischen Rechts erreichte höchste Entwicklungsstufe der abstrakten, ja manchmal geschichtlich gefärbten juristischen Denkweise. Der Ausgangspunkt dieses Denkens ist der Begriff des Rechts als ein Axiom, das aber mit der Praxis in irgendeiner Verbindung steht. Die Rechtsinstitute werden in einem System bedacht behandelt und man strebt nach der genauen Definition der einzelnen Rechtsinstitute.

## VII.

1. Die zweite Hälfte des dritten Teils (*De successione prudentium*) des *Enchiridii liber singularis* von Pomponius (D. 1. 2. 2. 47—53) informiert uns darüber, daß in der Zeit von Augustus die Ausgestaltung zweier *scholae* zu beobachten ist, in denen Ateius Capito—Antistius Labeo, Masurius Sabinus—Nerva Pater, C. Cassius Longinus—Proculus einander gegenüberstehen, als die Vertreter von zwei verschiedenen „Richtungen“, von denen, aufgrund der zwei letzten Namen, die vorigen Juristen *cassiani* (*sabiniani*), die letzteren *proculiani* genannt wurden, aber die vorige Gruppe von Capito, die letztere von Labeo „herrührte“ (*quae origo a Capitone et Labeone coeperat*). Ihnen folgend standen Caelius Sabinus—Pegasus, Priscus Iavolenus—Celsus Pater, Aburnius Valens—Celsus Filius, Tusculanus, Salvius Iulianus—Priscus Neratius einander gegenüber.

Was die zwei *scholae* (*sectae*) deckten, ist in der Literatur noch immer eine Streitfrage. Einer der Auffassungen nach mögen diese Sekten juristische Lehr-

<sup>60</sup> *Liebs*: Rechtsschulen. ANRW II. 15., S. 224.

<sup>61</sup> *P. Stein*: *Regulae iuris*. From Juristic Rules to Legal Maxims. Edinburgh, 1966, S. 74. — *Krüger* a. a. O. S. 141, *Schulz* (a. a. O. S. 209) sehen auch die regula-Bücher als eine lehrbuchartige Erscheinung an. *Liebs* (a. a. O. S. 227 ff) — verweisend auf die von einem praktischen Juristen kaum benützbaren Ausdrücke des Werkes von Neratius — verschließt sich nicht völlig von den Ansichten von *Krüger* und *Schulz*.

institute gewesen sein, anderen nach sei dies aber nicht möglich.<sup>62</sup> Es ist jedenfalls eine Tatsache, daß Pomponius wiederholt über Rechtsunterricht spricht.<sup>63</sup> Es gibt eine Meinung, wonach der Gegensatz zwischen beiden scholae philosophisch sei, insofern die Sabinianer Stoiker, die Prokulianer Aristoteles-Anhänger sind.<sup>64</sup> Die Quelle der Gegensätze wird auch darauf zurückgeführt, daß eine der Sekten republikanisch, konservativ ist, die andere monarchisch, progressiv.<sup>65</sup> Es gibt auch einen solchen Standpunkt, wonach der Gegensatz der Sekten auf einen persönlichen Gegensatz zwischen ihren Leitern zurückzuführen sei.<sup>66</sup> Und einem anderen Standpunkt nach haben die Prokulianer systematischer gearbeitet, die Probleme tiefer berührt, als die Sabinianer.<sup>67</sup> Jüngst haben sich *Liebs* und *Kodrebski*<sup>68</sup> mit dem Problem beschäftigt. *Liebs* hat die 64 Kontroversen zwischen beiden „Schulen“ unter eine eingehende Untersuchung gezogen und daraus den Schluß gezogen, daß es einige Fälle gab, als die Prokulianer und andere, als die Sabinianer die Buchstaben der Rechtsregeln enger eingehalten haben. Manchmal ist die eine, manchmal die andere schola methodischer vorgegangen. Sehr beachtenswert ist der Standpunkt von *Kodrebski*.<sup>69</sup> Seiner Meinung nach „(weisen) die Rechtsschulen . . . in ihrer Organisation unleugbare Analogien zu philosophischen oder rhetorischen Schulen auf, aber in ihrem Wesen sind sie kernrömische Institutionen, die besten Traditionen des Rechtsunterrichts der Epoche der Republik aufbewahren“.

2. Unseres Erachtens kann der Ursprung beider scholae noch bis zu Q. Mucius zurückgeführt werden, der stolz betonte, daß: „ex patre audiui“ (Cic. De leg. 2. 47). Diese Bezugnahme auf Autoritätsargumente hat zwar viel aus ihrer Kraft in der Zeit der logisch und kühl denkenden Juristen des Prinzipats verloren, es ist jedoch zweifellos, daß die Verknüpfung mit einigen angesehenen Juristen und die Verkündung dessen, was der Haupt einer freundschaftlichen, teils aber auch einer durch das Ansehen verknüpften Gruppe festgestellt hatte, sich auch im klassischen Zeitalter erhalten haben. Dies war wahrlich eine römische Eigenschaft, die aus der Idee der „Begleitung eines großen Menschen“ deriviert wurde. *Kaser* sagt sehr richtig, daß die Zusammenhaltung innerhalb der Schule „aus den engen gesellschaftlichen Bindungen mit ihren sittlichen Treuerverpflichtungen“ herrühre.<sup>70</sup> Dies schließt natürlich nicht aus, daß in gewissen Fragen zwischen beiden Richtungen auch ein prinzipieller Gegensatz bestehe, z. B. in der wörtlichen oder elastischeren Auslegung oder eben in der Ausgestaltung eines steiferen oder elastischeren Standpunktes, dies

<sup>62</sup> *Kübler* (PW I A 1, 1914, 382) spricht über die „Rechtsschulen“ und den „Rechtsunterricht“ abgesondert. *Kunkels* Ansicht nach (Rechtsgesch.<sup>4</sup> S. 105) handelt es hier sich keineswegs um einen Rechtsunterricht im wahren Sinn des Wortes. *Schulz* (a. a. O. S. 142 ff) neigt eher zu der gegenseitigen Ansicht, ebenso wie *A. M. Honoré* (Gaius, Oxford, 1962, S. 18 ff.)

<sup>63</sup> *Liebs*: Rechtsschulen, ANRW II, 15., S. 218—219.

<sup>64</sup> *Kübler* PW I A 1, 383.

<sup>65</sup> *Kübler* PW I A 1, 382.

<sup>66</sup> *Schulz* a. a. O. S. 144.

<sup>67</sup> *Stein*: The two Schools of Jurists in the Early Roman Principate. Cambridge Law Journal 31 (1972), S. 8 ff.

<sup>68</sup> *Liebs*: Rechtsschulen, ANRW II, 15. und *J. Kodrebski*: Rechtsunterricht in Republik und Prinzipat, ANRW II, 15, S. 177 ff.

<sup>69</sup> *Kodrebski*: Rechtsunterricht, ANRW II, S. 196. — *Kaser* (Rechtsgesch., S. 187) hat ungefähr dieselbe Ansicht.

<sup>70</sup> *Kaser*: Rechtsgesch., S. 187.

zeigte sich aber immer in dem gegebenen Fall und bedeutete keine „Richtung“. Damit war auch verbunden, daß in der Form einer „rechtlichen Hochschule“ im Rahmen der Sekten kein Rechtsunterricht war, der Meister aber seine Ansichten seinen aus dem Freundeskreis rekrutierten Studenten natürlich übergab. Diese haben dann es entweder aus Achtung der Autorität oder aus Überzeugung in ihrem Freundeskreis oder den sich ihnen wendenden auch selber weitergegeben. Diese Schulen entwickelten sich aus der Aufrechterhaltung der republikanischen Traditionen. Auf diesem Grund können wir diese Schulen, deren Debatten die Rechtswissenschaft weitgehend entwickelt hatten, mit Recht die Grundlagen der traditionellen Rechtswissenschaft nennen, wo praktische Fragen mit theoretischen Problemen vermischt auftauchten und besprochen wurden. Die traditionelle Rechtswissenschaft verschmelzte die Theorie mit der Praxis und dem Rechtsunterricht glücklich und wurde die Hüttenanlage derjenigen zweifellos kasuistischen aber auch theoretische Elemente nicht entbehrenden, unterrichtsartigen Denkweise, die die klassische Rechtswissenschaft bis zum Ende charakterisierte.

3. Der Gegensatz der Schulen wurde zwar den Quellen gemäß zusammen mit der Rivalität zwischen Celsus und Julian liquidiert (beide Gelehrten standen nämlich einander gegenüber, ohne einander anzuführen aber zwischen den Zeilen polemisierend), aber man findet diese Erscheinung im Verhältnis von zwei großen späteren klassischen Zeitgenossen, Ulpian und Paulus, ohne das Gehören zu irgendeiner Schule bezeichnet zu haben.<sup>71</sup>

## VIII.

In Hinsicht der Denkart der klassischen Juristen können die Folgenden festgestellt werden.

a) Die klassische Rechtswissenschaft wurde dem Wesen nach auf vorklassischen Grundlagen aufgebaut. Die vorklassische Rechtswissenschaft hatte alle die Grundlagen geschaffen, die der sich schnell entfaltende Warenaustausch im rechtlichen Überbau brauchte und die klassischen Juristen hatten nur diese zu systematisieren, verfeinern, schärfen. Sie kamen dieser Pflicht wirklich nach;

b) es kam zu den drei juristischen Tätigkeiten (*cavere, agere, respondere*) das instituere, die Tätigkeit des Rechtsunterrichts, die neuere Denkformen produzierte.

c) Die zwei Zweige der Formularjurisprudenz: die Kautelarjurisprudenz und die Klagenformularjurisprudenz traten in der Zeit des Prinzipats in den Hintergrund. Dies bedeutet aber nicht den Untergang der in Geschäftsformeln und Klagenformeln stattfindenden Denkweise, sondern nur soviel, daß die Bildung neuer Formulare kaum mehr notwendig war. Die Geschäftsformeln wurden im großen und ganzen ausgestaltet, höchsten die Verfeinerung und utiliter geschehende Ausdehnung der Klagenformulare blieb notwendig. Außerdem bekommt in der kasuistischen Tätigkeit der neben den Prätores funktionierenden Juristen auch die abstrakte Denkweise ihren Platz, was durch die Trennung der Klagenformulare von den Edikt Klauseln bezeichnet wird;

<sup>71</sup> *Liebs*: Rechtsschulen, ANRW II, 15, S. 284.

d) die agere-Tätigkeit wird dem kaiserlichen Absolutismus zufolge auch dann den Hintergrund gedrängt, wenn auch dieser die republikanischen Formen unberührt läßt. Es kann hier mehr die Tätigkeit der oratores beobachtet werden, obwohl der orator, der nicht immer ein Jurist von Fachbildung ist, von dem Juristen instruiert wird.

e) Die Respondierjurisprudenz ist zwar ganz und gar kasuistischen Charakters, sie wird aber mit der Fortschreiten der Abstraktion zu Respondierrechtswissenschaft. Die abstrahierende Denkweise niederschlägt sich in der dialektischen Methode und der philosophischen Rechtswissenschaft. Es erscheinen drei Formen der regulae: die kasuistische regula, das pithanon, das für eine in der Form der Wahrscheinlichkeit konstruierte kurze Sachlage eine Lösung gibt, und die normative regula, von der die Sachlage durch das juristische Denken völlig abgelöst wurde und die in der Form einer Spruchregel bindender Kraft ist. Die definitiones erscheinen in drei Formen: in der originellen römischen Form des quid est, in den auf die griechische Dialektik hinweisenden Formen der partitio und divisio. Die zwischen der regula und der definitio befindliche Grenze wird zwar oft eine schwimmende Grenze durch die Vermischung der als Produkte eines solchen abstrakten Denkens ausgestalteten Regeln in den regula-Büchern zufolge, sie erhalten sich gleichwohl als zwei Formen der abstrakten juristischen Denkart, die durch die Rezipierung der Regeln der aristotelischen Logik (quaestio, argumenta) weiter zunimmt;

f) die philosophische Rechtswissenschaft legt in dieser Zeit die Begriffe der aequitas, des ius naturale und ius gentium als philosophischer Kategorien präzise dar und lockert die Grenzen der alten Rechtsgliederung mit Hilfe von diesen. Anstelle dieser Gliederung treten jetzt das ius publicum und das ius privatum als neue Kategorien der Gliederung des Rechtssystems. Die drei philosophischen Kategorien als die Motivierungsgründe der einzelnen Rechtsregeln werden jetzt organische Teilen des römischen Rechts;

g) in der klassischen Zeit entwickelt sich die das Denken der Juristen in eine abstrakte Richtung leitende instituere-Tätigkeit, die die systembildende Tätigkeit der dialektischen Rechtswissenschaft — die sich auch bei der prätorischen Ediktredaktion zeigte — unter römischen Umständen auf die höchste Stufe erhöhte, besonders mit dem Institutionssystem von Gaius. Diese lehrende juristische Denkweise geht vom Begriff des Rechts als einem Axiom aus, gestaltend die präzise Definition der einzelnen Rechtsinstitute auf diese Weise, ohne eine „Begriffspyramide“ in pandektistischem Sinn auszubauen. Dieses Denken vermißt auch den rechtsgeschichtlichen Rückblick nicht; aber es benützt diesen mehr, um die Autorität der antiquitas anwenden zu können;

h) die scholarische oder traditionelle Rechtswissenschaft erscheint im Rahmen der Schule der Sabinianer und Prokulianer. Diese Rechtswissenschaft ist originell römisch, denn sie wird von den um gewisse juristische Autoritäten scharenden Personen kultiviert. Aber sie befruchtet sehr das juristische Denken, das grundlegend kasuistisch, aber hier mit dem theoretischen und unterrichtenden Denken verknüpft ist.

## IX.

Das Zeitalter des Prinzipals baut die militärische Monarchie mit der Respektierung der republikanischen Formen aus und wünscht auch die Juristen in den Dienst der Alleinherrschaft zu stellen. Dies geschieht mit der Verleihung

des *ius respondendi*, das Augustus nur noch einigen Rechtsgelehrten, mit nicht bindender Kraft für den konkreten Fall gegeben hatte und zwar, nachdem er sich auf den Senat stützte, nur denen senatorischen Ordens. Tiberius verteilte dieses Privileg schon auch den Mitgliedern des Ritterstandes, da sie die Geldaristokratie des Staates sind, und demgemäß breitete er auch dieses Privileg aus, mit Verteilung der Autorisierung schon im allgemeinen für einige Juristen. Schließlich macht Hadrian, der die kaiserliche Macht mit dem Ausbauen der bürgerlichen Bürokratie zu stabilisieren wünscht, das Gutachten der privilegierten Juristen verbindlich für die gerichtlichen Organe. Die römische Rechtswissenschaft hat ihre Blütezeit gerade in dem Zeitalter erreicht, als in den Pfeilern der sklavenhaltenden Gesellschaft schon gewisse Spalten erschienen, ohne sofort wahrnehmbar zu sein. „Die Sklavenwirtschaft — sagt Kuczyński<sup>72</sup> — den Umschlag von Quantität in Qualität verhinderte und vielfach nur zu einem Nebeneinander von Quantitäten führte, statt zu ihrer Integration, der Basis, auf der der Umschlag zu einer höheren Entwicklung der Produktivkräfte möglich gewesen wäre“. Die italische Landwirtschaft hat am Ende der Republik den Höhepunkt ihrer Entwicklung erreicht. Im Gewerbe zeigte sich gewisser Antagonismus im Stagnieren und später in der Verschlechterung der Qualität. Zu Beginn des Prinzipats wurde der Handel langsam zu einem isolierten proviziellen Innenhandel. Die das Sklaveneigentum beschränkenden Verfügungen, die schon seit der Zeit des Augustus erscheinen, bedeuten die Anfänge der Krise des sklavenhaltenden Systems (Einschränkung der Freilassungen, usw.). Mit dem Prinzipat beginnt also ein Krisenzeitalter.

Dennoch ist eben dieses Zeitalter, in dem die klassischen Juristen auf das gewaltige rechtliche Lebenswerk der vorklassischen Juristen die Krone hinauflegen. Und das ist auch natürlich. In der Zeit des großen wirtschaftlichen Aufschwungs war nicht möglich, die rechtlichen Formen auszufeilen. Das aufblühende Wirtschaftsleben erforderte, daß die Grundlagen des Warenaustauschrechts so früh wie möglich niedergelegt werden. Die obenwähnte wirtschaftliche Stagnierung und dann der langsame Zerfallsprozeß haben hingegen möglich gemacht, daß die klassischen Juristen das befindliche Material bearbeiten, polieren und verfeinern. „In der Tat — sagt Schulz<sup>73</sup> — ist diese Fülle (nämlich die der juristischen Werke) ein Charakteristikum der klassischen Jurisprudenz. Was in der republikanischen Jurisprudenz nur Anlage und Skizze war, wird nun in allem Detail ausgeführt“. Es war dieses Zeitalter, in dem das Privateigentum des Landes und des Sklaven für die Verteidigung der wirtschaftlichen Grundlage, die Verhinderung oder mindestens die Verlangsamung ihres Zerfalls die vollkommenste, selbst die Details enthaltende Regelung erhielt.<sup>74</sup> Die gewaltigen Werke der klassischen Zeit bezogen sich also dem Wesen nach nicht auf die Grundlagen, sondern auf die Details des Warenaustauschrechts und eben diese auf die Details bezügliche Arbeit hatte das gewaltige Material des Warenaustauschrechts erschaffen.<sup>75</sup>

<sup>72</sup> J. Kuczyński: Allgemeine Wirtschaftsgeschichte I. Berlin, 1948. S. 97.

<sup>73</sup> Schulz a. a. O. S. 148.

<sup>74</sup> Novitzkij—Peretjerskij: *Római jog* (Römisches Recht), S. 127.

<sup>75</sup> Wieacker: Über das Klassische in der römischen Jurisprudenz. Vom römischen Recht. Stuttgart, 1961. S. 161—186. — Pólay: Die Blütezeit des römischen Wirtschaftslebens und die klassische Zeit des römischen Rechts. *Acta Antiqua Acad. Sc. Hung.* 5 (1957), 1—4. S. 323—357.



#### IV. DIE PRIVATRECHTLICHE DENKWEISE DER JURISTEN IM NACHKLASSISCHEN ZEITALTER

##### I.

1. Vom dritten Jharhundert ab wird die Krise des sklavenhaltenden Systems offenbar. Der materiellen Interesselosigkeit des Sklaven in der Produktion zufolge sichern die gegebenen Produktionsverhältnisse keinen genügenden Rahmen für die Entwicklung der Produktionskräfte. Die Keime des Feudalismus erscheinen.

Die Bewegungen der Sklaven, coloni und der unterdrückten Freien werden immer häufiger, besonders in den äußersten Gebieten des Reiches. Es hat u dies allem der immer zunehmende Angriff der Barbaren beigetragen und r war umso gefährlicher für die Herren des Reiches, denn er oft genoß auch ie Unterstützung der coloni, Sklaven und der unterdrückten Freien.

2. In dieser kritischen Lage versuchten die Kaiser (Diokletian, Konstantin), mit der Bürokratisierung des Staats, mit staatlicher Intervention in die rivatlebensverhältnisse, mit der Ortsbindung der coloni und der Leute von ewissen Berufen zu helfen. Die allgemeine Krise des sklavenhaltenden Systems hat aber schließlich dazu geführt, daß das Reich sich in 395 in einen östlichen und einen westlichen Teil spaltete. Der westliche Teil ist in 476 unter dem germanischen Druck zusammengebrochen, der östliche Teil ist hingegen — jetzt schon als Byzantinisches Reich — zu einer neuen Entwicklung gekommen.

Vom Gesichtspunkt der Entwicklung des römischen Rechts aus ist aber nur die bis zur Mitte des 6. Jahrhunderts dauernde Geschichte des oströmischen bzw. byzantinischen Kaisertums, also der bis zum Zeitalter des Kaisers Justinian erstreckende Abschnitt von Bedeutung.

3. Die Produktion beruht auch weiterhin auf der Arbeit der Sklaven, es erscheinen außer diesen auch die coloni. Die Lage der Sklaven — der mit Hinsicht auf die Verminderung ihrer Anzahl eingeleiteten Milderung gewissen Grades zufolge — unterschied sich kaum von der der an die Scholle gebundenen coloni.

Die Herren des Staates sind auch weiterhin die Mitglieder des senatorischen Ordens, die dank ihren gewaltigen Besitzen ihren Einfluß selbst in der Zeit des absoluten Kaisertums, des Dominats behaupteten.

In den Städten spielten die curiales, die ursprünglich die Mitglieder des städtischen Rates waren, eine bedeutende Rolle. Nachdem ihr Beruf immer oneröser wurde (Verantwortung für die Einzahlung der Steuern), wurden sie von den Kaisern, ebenso wie die kleinwerbepbetreibende Schicht der Städte, zu ihren curiae gebunden.

## II.

1. Die Zeit der nachklassischen Rechtswissenschaft wird im allgemeinen als das rückgängige Zeitalter der Wissenschaft charakterisiert. Diese Bewertung ist aber nicht ganz zutreffend. Die juristischen Tätigkeitsformen, die in der klassischen Zeit auch gelebt hatten — oft aufgrund der republikanischen Traditionen — oder sich in der klassischen Zeit kräftiger zeigten, erscheinen auch im nachklassischen Zeitalter, nurdaß in ihrer Erscheinungsform umgestaltet. Die nachklassische Rechtswissenschaft ist kein Epilog des klassischen,<sup>1</sup> sondern sie bedeutet die Fortsetzung der früheren juristischen Tätigkeiten in einer umgestalteten Form.

2. Eine nachklassische Variante der *cavere*-Tätigkeit besteht nach wie vor in der Form der Verfertigung von Urkundenformularen. Es besteht auch die der *lagere*-Tätigkeit entsprechende juristische Tätigkeit in der Form der Advokatur, jedenfalls in einer bürokratisierten Gestalt, den Erforderungen des bürokratisierten Staates entsprechend. Die *respondere*-Tätigkeit gelangt ganz in kaiserliche Kompetenz. Der Begriff des Respondierjuristen wird aufgeräumt. Es ist der Kaiser, der sich in den einzelnen Rechtsfragen erklärt,<sup>2</sup> der hinter ihm stehende Jurist ist verschwunden. Dem Namen nach ist nur der Kaiser bekannt, unter dessen Namen der unbekannte Jurist im gegebenen Rechtsfall das kaiserliche Reskript oder eine andere kaiserliche Verordnungsform verfaßt hatte. Die *instituere*-Tätigkeit gerät ebenfalls in die Kompetenz der Bürokratie. Die Rechtsschulen sind schon von der kaiserlichen Gewalt bewilligte Lehranstalten, die aufgrund eines bestimmten Lehrplans fungieren und die Juristen sind verbunden, deren Lehrgänge zu absolvieren.

3. Demgemäß beschäftigen wir uns in den Folgenden:

- a) mit der Formularjurisprudenz,
- b) mit der Advokatur,
- c) mit der in den Staatsapparat eingebauten kaiserlichen verordnungserzeugenden Tätigkeit, zunächst einmal in Verbindung mit den *rescripta* und
- d) mit dem Rechtsunterricht als mit einem Zweig der Rechtswissenschaft.

## III.

1. Von den zwei Zweigen der Formularjurisprudenz, nämlich von der Kautelarjurisprudenz und der Klagenformularjurisprudenz besteht nurmehr die Vorige. Dies ist durch die Kauf- (FIRA III. 135, 139) und Mieteverträge (FIRA III. 149, 151) Auftragsverträge (FIRA III. 160), Testamente (FIRA III. 51. 52. 54. 58. 61), die über die Herausgabe, bzw. Übernahme einer Erbschaft ausgestellte Quittung (*instrumentum plenariae securitatis*) erwiesen.<sup>3</sup> Die aus solchen Sammlungen genommenen Formulare werden im allgemeinen durch die rhetorische Weitschweifigkeit und die Anhäufung von überflüssigen Kau-

<sup>1</sup> Schulz (a. a. O. S. 336) hält deshalb selbst den Ausdruck „nachklassische Periode“ für irreführend und nichtssagend.

<sup>2</sup> Der Kaiser ist der *legum dominus, iustitiae aequitatisque rector* (Schulz a. a. O. S. 337—338).

<sup>3</sup> Krüger a. a. O. S. 349.

teln gekennzeichnet.<sup>4</sup> Die Aussteller der Urkunden, die aufgrund der aus den Formelsammlungen genommenen Muster arbeiten, sind die sog. tabelliones, die vielleicht den heutigen Notaren entsprechen.

2. Die Klagenformularjurisprudenz verschwindet in dieser Periode ganz und gar. Die in 342 ausgestellte Verordnung von Konstantin sagt:

„Iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur“ (C. 2. 57. 1),

was übrigens darauf hinweist, daß das Formularverfahren und damit zusammen die Anwendung von Klagenformeln schon früher aus der Praxis ging und die ursprünglich extraordinaria cognitio zu einem einzigen Zivilprozeßverfahren, einer (ordinaria) cognitio wurde. Dies bedeutet natürlich nicht, daß mit dem Aufhören des Formularverfahrens die klagenrechtliche Denkweise der Juristen liquidiert wurde. Es wird durch zahllose Stellen der justinianischen Kodifikation erwiesen, daß auch die compilatoren in actiones und nicht hauptsächlich in subjektiven Rechten gedacht haben (ex empto habet actionem; cum herede actionem habere und ähnliche Ausdrücke und die Tatsache, daß drei ganz abgesonderte Vertragsarten durch die actio locati-conducti zusammengehalten wurden).

#### IV.

1. Im 4. Jahrhundert im Osten wurde der advocatus zu einem wirklichen Juristen, insoweit die staatliche Bürokratie verbindlich machte, daß in Berytos 4, bzw. 5 Jahre römisches Recht studieren soll, wer advocatus sein will. Dies war umso eher notwendig, denn die bedeutenderen Beamten der staatlichen Bürokratie wurden von den Reihen der advocati rekrutiert und sollten juristische Bildung haben.<sup>5</sup>

2. Das von Cuiacius „Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti“ genannte, aus der nachklassischen Zeit herrührende anonyme Werk ist vielleicht das Werk eines dem Wesen nach in heutigem Sinn genommenen, rechtlich gebildeten Rechtsanwaltes, der aber auch rhetorische Fähigkeiten und Bildung erwies. Das Werk enthält u. a. rechtliche Meinungen, in der Form von an den Advokaten gerichteten Fragen und Antworten. Der Verfasser gibt nicht nur seinen eigenen Standpunkt, sondern er bezeichnet auch die entsprechenden Quellenstellen, worauf er seinen Standpunkt gründet. Während aber die Juristen der klassischen Zeit das Problem im allgemeinen aus dem Gesichtspunkt des Richters entschieden, ihre responsa so gaben, behandelt der Verfasser der Consultatio die Fragen von der Seite des Advokaten gesehen und unterdessen erklärt er seinen Standpunkt mit einer großen Wortfülle. In gewissen Fällen — wie caput 8 — führt er im Interesse des Erfolgs seines Standpunktes auch Scheinquellen an. Das Werk gliedert sich übrigens strukturell in drei Teile: der erste Teil enthält Antworten auf die dem Verfasser vorgelegten Fragen, der zweite enthält theoretische Erörterungen, während der

<sup>4</sup> Krüger a. a. O. S. 349.

<sup>5</sup> L. Mitteis: Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs.<sup>2</sup> Leipzig, 1935. S. 189 ff. — Kübler, PW. 1 A 398. — Schulz a. O. S. 342 ff.

dritte Teil ein — die aus den Codices Gregorianus, Hermogenianus und Theodosianus und den Sententiae des Paulus herrührenden Teile zusammenfassendes — anhangartiges Material gibt.<sup>6</sup>

## V.

1. Die respondierende Tätigkeit der Juristen wird in diesem Zeitalter völlig bürokratisiert, was u. a. damit verbunden ist, daß wir die in den kaiserlichen Organen fungierenden Rechtsgelehrten dieser Zeit nicht kennen. Der Vorgang wurde zweifellos schon in der Zeit des Augustus mit dem Privileg des *ius respondendi* eingeleitet; es wurde aber erst in Hadrians Zeit, mit dem Ausbau des *consilium principis* allgemein, in das Hadrian die hervorragendsten Juristen seiner Zeit, so zunächst einmal Salvius Iulianus eingeladen hat. Damit hat dann die Tätigkeit der *iuris consulti* eigentlich aufgehört. In der Zeit der militärischen Bürokratie der Severi haben die hervorragendsten Rechtsgelehrten, wie Ulpian, Papinian und Paulus das Amt des *praefectus praetorio* bekleidet und in dieser Qualität ihre respondierende Tätigkeit entfaltet. All diese sind aber nur die Vorläufer der bürokratischen respondierenden Rechtswissenschaft, die im nachklassischen Zeitalter nicht mehr in der Form des unter dem Namen des Rechtsgelehrten laufenden *responsum* erscheint, zunächst in den *rescripta*. Es steht aber hinter diesen der dem Namen nach nicht mehr bekannter Respondierjurist, der die Antwort dem Ansucher im Namen des Kaisers in der Form einer Verordnung gibt. Von der Begründung des *dominatus* ab fungiert das *consilium* des Prinzipes dem Wesen nach in der Form des bei dem *dominus* vorgehenden *sacrum consistorium*.<sup>7</sup> Während ein Teil der Juristen des kaiserlichen Absolutismus ihre respondierende Tätigkeit hier entfalten, ist der andere Teil von ihnen im kaiserlichen Zentralbüro tätig. „Diese Juristen sind die wahren Verfasser der kaiserlichen Reskripte und Gesetze“ — sagt Schulz.<sup>8</sup> Zu ihnen sollen auch Gregorius und Hermogenian, die Schöpfer beider *codices* gehört haben. Es ist wahrscheinlich, daß auch der *Codex Theodosianus* ein Werk der Rechtsgelehrten des *consistorium* oder des kaiserlichen Zentralbüros war.

2. Für die Tätigkeit dieser Juristen war von Bedeutung, daß das Christentum dem „Toleranzedikt“ des Konstantin zufolge eine Existenzberechtigung und dann in der Zeit Theodosius des Ersten die Position der Staatsreligion erhielt. Dieser Umstand ermöglichte das Bestehen gewisser christlichen Eigenschaften in der Tätigkeit der Juristen dieser Bürokratie. Der Geist des Christentums, als eine philosophische Richtung, konnte auf die nachklassische und später die justinianische Rechtswissenschaft nie eine solche Wirkung ausüben, wie der Hellenismus, sei es früher, sei es in der jetzt von uns untersuchten Periode, obwohl die westliche Wissenschaft seine Bedeutung — als die einer philosophischen Richtung — in der Entwicklung des nachklassischen, sowie des justinianischen Rechts eine sehr langen Zeit hindurch als entscheidend ansah. Ein besonders kräftiger Vertreter dieser Rich-

<sup>6</sup> Krüger a. a. O. S. 346. — Wenger a. a. O. S. 548—549. — Schulz a. a. O. S. 409.

<sup>7</sup> Seeck, PW 4, 930.

<sup>8</sup> Schulz a. a. O. S. 340.

tung ist *Biondi*,<sup>9</sup> der jede, dem Schutz der Sklaven dienende Rechtsregel auf die Wirkung der christlichen Ideen zurückzuführen wünscht, lassend außer acht, daß der Schutz des Lebens, der körperlichen Unversehrtheit, der Familie der Sklaven (laut der Verfügung von Konstantin darf die Sklavenfamilie im Falle der Veräußerung oder Beerbung nicht voneinandergerissen werden) zum Schutz des Arbeitssystems des Reiches diene.<sup>10</sup> Das Rechtssystem des Reiches blieb dem Wesen nach unverändert auf den alten Grundlagen, die von den Gesetzgebern des Heidenreichs erschaffen wurden. Der Einfluß des Christentums kann nur dort beobachtet werden, wo die auf die Regelung des Lebens der Kirche bezüglichen Regeln in den kaiserlichen Verordnungen erscheinen, wie dies im tit. 13 Buch I des Codex zu sehen ist.<sup>11</sup> Von diesen Regeln sind besonders die Verbote hervorzuheben, die privatrechtlichen Charakters sind, so z. B. die Ekehindernisse zwischen Christen und Juden, das Verbot der Errichtung eines Testaments in bezug auf die Juden, Häretiker, Apostaten, das Verbot dessen, daß ein christlicher Sklave im Besitz eines Juden oder Heiden sein könne. Die Juristen des christlichen Kaisertums haben das Institut der Legalisierung des unehelich geborenen Kindes ausgestaltet (Konstantin und Zeno C. 5. 27. 5), für den Fall einer nachfolgenden Ehe, während Justinian (Nov. 74) die Legitimierung durch Gnadenakt des Kaisers erschuf. Gleichfalls hat das christliche Kaisertum das Institut der in modernem Sinn genommenen Stiftung (*pia causa*, *pia corpora*) ausgestaltet, nachdem es zuerst nur über die der Kirche hinterlassenen Zweckvermögen als Fonds verfügt hatte.<sup>12</sup> Über dies alles zeigt sich die christliche Ideologie vielleicht in noch einer Beziehung im nachklassischen Recht und zwar in der nachklassischen, eventuell justinianischen künstlichen „Schuldigmachung“ des kontraktuellen Haftungssystems. Während nämlich das klassische Recht bei dem sog. Gratisschuldner (der vom Kontrakt nichts profitiert, z. B. der Verleiher) eine beschränkte Schuldhaftung, bei dem interessierten Schuldner (der aus dem Kontrakt auch Nutzen hat, z. B. der Mandatar) eine völlige Schuldhaftung festgestellt hat, ja sogar eine Haftung ohne Verschulden, eine sog. *custodia*-Haftung, bei demjenigen, der aus dem Kontrakt Nutzen hat und der Gegenstand des Kontrakts unter seine Verwahrung gelangt, haben die *compilatores* der justinianischen oder vorherigen Periode die Haftung des interessierten verwahrenden Schuldners mit einer einzigen Ausnahme (Haftung des Gastwirts) künstlich auch dafür festgestellt, wenn z. B. ihm der Gegenstand der Miete, Leihe oder des Pfandes gestohlen wurde, mit der Erklärung, daß es ihm die Sorgfalt des ordentlichsten Hausvaters (*diligentissimus pater familias*) obliegt und deshalb er

<sup>9</sup> *B. Biondi*: Il diritto romano christiano I—III. Milano, 1952—1954 und Giustiano Primo, principe e legislatore cattolico. Milano, 1936.

<sup>10</sup> Vgl. die bezügliche Literatur: *Schulz* a. a. O. S. 376, Anm. 1.

<sup>11</sup> I. De summa trinitate. II. De sacrosanctis ecclesiis. III. De episcopis et clericis. IV. De episcopali audientia. V. De hereticis et Manichaeis et Samaritis. VI. Ne sanctum baptisma iteretur. VII. De apostatis. VIII. Nemini licere signum salvatoris Christi vel in silice vel in marmore aut sculpere aut pingere. IX. De Iudaeis et coelicolis. X. Ne Christianum mancipium haereticus, vel paganus, vel Iudaeus habeat. XI. De paganis sacrificiis et templis. XII. De his, qui ad ecclesiam confugiunt. XIII. De his qui in ecclesiis manumittuntur.

<sup>12</sup> *P. Jörs—W. Kunkel*: Römisches Recht. Berlin—Göttingen—Heidelberg,<sup>3</sup> 1949. S. 77.

auch für die culpa in custodiendo eintreten muß.<sup>13</sup> Diese künstliche Schuld-machung, die die Pandektisten aus der justinianischen Kodifikation über-nahmen, den Grund zu einem reinen kontraktuellen Schuldhaftungssystem legend<sup>14</sup> ist mutmaßlich die einzige bedeutende Wirkung der christlichen Ideologie auf die Konzeption des römischen Privatrechts, in Anbetracht des-sen, daß das Christentum davon ausgeht, daß nur der Schuldige gestraft wer-den darf. Aber auch diese Annahme ist fragwürdig!

3. Die in der kaiserlichen Bürokratie zu reskripterzeugende Tätigkeit ge-wordene respondierende juristische Tätigkeit ist natürlich unabänderlich ka-suistischen Charakters. Wir stehen hier formell einzelnen konkreten Personen vom Kaiser gegebenen, aber von dem als ein Mitglied des consistorium, bzw. der kaiserlichen Kanzlei arbeitenden Juristen bearbeiteten und verfaßten Rechtsfallslösungen gegenüber. Die Aufgabe derer ist, das bestehende und von den klassischen Juristen bearbeitete gewaltige Rechtsmaterial den geänderten wirtschaftlichen Verhältnissen anzupassen oder neue Rechtsinstitute auszu-gestalten. Es handelte sich also um eine adaptierende oder ein neues Recht er-schaffende Reskripttätigkeit.

Eine solche adaptierende Tätigkeit sieht man z. B. bei Konstantin, der die erbrechtliche incapacitas als ein veraltetes Institut dem Wesen nach abschafft (C. 8. 57. 1), das Institut des seit der Zeit des Augustus ab ausgestalteten pec-ulum castrense des Familiensohns auf das aus der Bekleidung kaiserlicher Ämter und später auch anderer Ämter oder einer Advokantentätigkeit stam-menden Vermögen als ein peculum quasi castrense ausgedehnt hat (C. 12. 30. 1). Um den komplizierten Akt der emancipatio zu vereinfachen, hat der Kaiser Anastasius in 502 erlaubt, daß der Familienoberhaupt den Emanzipi-erenden, insofern dies mit der Veränderung seines status familiae einver-standen ist, mit einer vor der Behörde abgegebenen Erklärung emanzipiert (C. 8. 48. 5). Die servilis cognatio war ein Eehindernis zwischen dem Sklaven und seinen Blutsverwandten nach der Freilassung schon auch im klassischen Zeitalter. Dies wird durch das von Valentinian, Theodosius und Arcadius in 393 dem Cynegius erteilten Reskript auch auf das Schwägerschaftsverhältnis ausgedehnt (C. 5. 5. 5).

Mehrere neue Rechtsinstitute werden auch durch die große Wirtschaftskri-se in Diokletians Zeit hervorgerufen. Diokletians Preis- und Lohnmaximierungs-edikt, das offensichtlich ähnlich die Juristen des consistorium oder der Kanz-lei ausgearbeitet hatten, hat in dieser Hinsicht eine neue Lage herbeigeführt,<sup>15</sup> lassend jedoch außer acht, daß die Inflation durch Preis- und Lohnmaximie-rung nur teilweise verhindert werden kann (Ed. Diocl. CIL III. p. 824—841). Es erscheint auch als ein neues Institut — verglichen mit dem Prinzip der bis dann freien Preisunterhandlung — das Rechtsinstitut der laesio enormis, die die Mitkaiser Diokletian und Maximian in einem in 285 an Aurelius Lupus (C. 4. 44. 2) und in 293 an Aurelia Evodia (C. 4. 44. 8) gerichteten Reskript festge-setzt hatten. Der colonatus wird zuerst von Konstantin als ein Rechtsinstitut

<sup>13</sup> Dies ist die Meinung eines der hervorragendsten Fachleute dieser Frage, *Gezu Marton* (Versuch eines einheitlichen Systems der zivilrechtlichen Haftung, Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 162, 1—2, Tübingen, 1963, S. 6—9).

<sup>14</sup> *Pólay E.*: A pandektisztika és hatása a magyar magánjog tudományára (-Die Pandektistik und ihre Wirkung auf die Wissenschaft des ungarischen Privatrechts) Acta Univ. Szeged, XXIII (1976), S. 64.

<sup>15</sup> *H. Blümner*: Maximaltarif des Diocletian. Berlin, 1894.

anerkannt (C. Th. 5. 17. 1). Die Ortsgebundenheit der Betreibenden einiger Beschäftigungen wurde auch die nachklassische verordnungserzeugende juristische Tätigkeit festgesetzt, so bei den Arbeitern der Münzanstalten mit einem Reskript des Konstantin in 317 (C. 11. 8. 1), bei den Bergleuten mit einem Reskript Theodosius des Zweiten in 424 (C. 11. 7. 7), bei den Waffenschmieden mit der constitutio des Arcadius und Honorius in 398 (C. 11. 10. 3). Dem Zweck der Beherrschung der Inflation will auch dienen ein Reskript des Diokletian und Maximian in 293 (C. 4. 45. 2), wonach wenn bei einem Kauf eine Rate des Kaufpreises bezahlt wurde, kann eher die Ware klagbar gemacht werden, als die Kaufpreiskasse.<sup>16</sup> Die freie Verfügung über die Sklavenfamilien im Falle von Veräußerung und Beerbung wird durch ein von Konstantin in 334 (?) dem Gerulus gegebenes Reskript aufgehoben (C. 3. 38. 11), damit die Intensität der Sklavenarbeit erhöht wird.

4. Diese in die Stelle der respondierenden juristischen Tätigkeit tretende reskripterschaffende Tätigkeit zeigt — wenn sie auch kasuistisch ist — in zwei Richtungen auf die Abstraktion zu, um die Rechtssicherheit zu dienen:

A) einerseits als eine Stabilisationsrechtswissenschaft,

B) andererseits als eine vereinheitlichende Rechtswissenschaft.

#### A)

1. Der entscheidende Zweck der Stabilisationsrechtswissenschaft ist, zu erreichen, daß die kaiserlichen constitutiones, so die rescripta, sowie die unzählbare Menge der Schriften der Rechtsgelehrten in irgendeiner bestimmten Form zugänglich seien. Dies bedeutet eine ungefähr solche redaktionelle Tätigkeit, als diejenige bei der Ediktredaktion von S. Iulianus, sie weist aber unbedingt auf die Kodifikation hin.

Im Rahmen dieser Rechtswissenschaft haben wir dem Wesen nach über zwei Versuche sprechen, und zwar über die Kodexredaktion und über die Versuche, die in Hinsicht der Schriften der Rechtsgelehrten eine gewisse Ordnung zu schaffen wünschten.

Das kaiserliche constitutio-Material (lex) wurde zuerst unter Diokletians Regierung von Gregorius — vermutlicherweise einem Mitglied der kaiserlichen Kanzlei — versammelt, von Hadrian ab, aus dem Material des kaiserlichen Archivs. Diese Sammlung erhielt die Benennung Codex Gregorianus, und ihre späteste constitutio ist von 295. Zur Sammlung des Gregorius kam als ein Supplement das Werk des die constitutiones des Diokletian von 293 und 294 zusammenstellenden Hermogenian (eventuell Hermogenes), der Codex Hermogenianus dazu, der dann von unbekannten Sammlern mit den bis zu 365 erlassenen constitutiones ergänzt wurde. Während diese zwei Sammlungen auch offiziell benützten Privatsammlungen waren, hat die constitutio-Sammlung Theodosius des Zweiten (405—450) einen Kodifikationscharakter erhalten. Diese hat die seit Konstantin erlassenen constitutiones systematisch zusammengestellt, aus dem zusammengebrachten Material und den erwähnten zwei codices die gültigen Reskripte auserwählt und stellte auch das klassische literarische

<sup>16</sup> In der Beziehung der rechtlichen Projektion der diokletianischen Inflation vgl.: Visky, K.: A császárkori gazdasági válság nyomai a római jogforrásokban (-Spuren der wirtschaftlichen Krise der Kaiserzeit in den römischen Rechtsquellen. Dokt. Diss.).

Rechtsmaterial teilweise zusammen. Da aber die Arbeit nicht beendet wurde, hat Theodosius in 435 ein neues Komitee delegiert, das dann nur die constitutiones zusammengebracht hat. Dieses Material machte dann den in 438 mit Gesetzeskraft versehenen Codex Theodosianus aus. Es ist damit die Stabilisation in der Beziehung der kaiserlichen Reskripte für die Vergangenheit zu Ende gekommen und die Rechtsunsicherheit verminderte sich wesentlich.

2. Die Ordnung der zu riesengroß angewachsenen rechtswissenschaftlichen Literatur bedeutete aber schon von Konstantin ab eine große Sorge. Konstantin verbot vor allem die Berufung auf die von Paulus und Ulpian dem Papinian geschriebenen Notae (C. Th. 1. 4. 1), weil diese in der Rechtsprechung mit ihrem dem Papinian widersprechenden Standpunkt Störung hervorrufen konnten. Dann hat der Kaiser die Paulussentenzen (dieses excerpierte klassische Werk, mit einigen nachklassischen Interpolationen) mit bindender Kraft versehen (C. Th. 1. 4. 2). Danach erzeugen Theodosius der Zweite und Valentinian der Dritte das sog. Zitiergesetz (C. Th. 1. 4. 3), wonach die Werke von Papinian, Paulus, Ulpian, Modestin und Gaius von bindender Kraft sind, ausgenommen die erwähnten Notae. Es sind auch die Werke einiger älteren Verfasser, auf die sich irgendein Werk der aufgezählten fünf Verfasser beruft von bindender Kraft. Auf diese kann man sich aber nur mit der Vorweisung der entsprechenden Manuskripte berufen. Insofern die Meinungen der erwähnten Juristen nicht übereinstimmend sind, entscheidet die Meinung der Mehrheit. Im Falle der Gleichheit, die Meinung von Papinian ist gültig und der Richter kann nur dann frei wählen, wenn sich Papinian im Falle nicht äußert. Während aber die drei Kodexe auf dem Gebiet der lex eine gewisse Ordnung herbeiführten, hat auf dem Gebiet des ius, der Rechtswissenschaft das jetzt skizzierte sog. Anführungsgesetz (426) wahrscheinlich nur wenig geholfen, denn es schloß nicht aus die Berufung auf andere rechtswissenschaftlichen Verfasser aus, so konnte der Richter oft in eine kritische Lage geraten. Das juristische Denken, das im ungeordneten Rechtsmaterial die Rechtssicherheit zu stabilisieren versuchte, äußerte sich jedenfalls in dieser sog. Stabilisationsrechtswissenschaft.

## B)

1. Die Frage der vereinfachenden juristischen Tätigkeit ist in der Literatur ziemlich problematisch. Sie wurde durch die Ausgestaltung des sog. Vulgarrechts und durch die im Laufe deren erscheinende vulgarrechtliche Denkweise problematisch gemacht.

Die Ausgestaltung des Vulgarrechts hatte — wie es *Wieacker*<sup>17</sup> sehr richtig klarlegt — eine doppelte historische Wurzel. Die eine ist darin zu suchen, daß in Italien der differenzierte Warenaustausch, im dessen Dienst die klassische Rechtswissenschaft die höchste juristische Technik erschuf, vom 4. Jh. ab untergeht. Dies hatte notwendigerweise eine gewisse Simplifikation der italischen Rechtswissenschaft zur Folge, weil die komplizierten Warenaustauschverhältnisse, in deren Dienst die klassische Rechtswissenschaft stand, ein

<sup>17</sup> *Wieacker*: Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike. Vom. röm. Recht, S. 222 ff. — *E. Levy*: West Roman Law, Law of Property. Philadelphia, 1951 und Weströmisches Vulgarrecht, Das Obligationenrecht. Weimar, 1956, sowie: West-östliches Vulgarrecht und Justinian, SZ 76 (1959).



wenig einfacher wurden. Die andere Wurzel war, daß die raffinierte juristische Denkweise in den Provinzen, wo das Niveau des Warenaustausches auch schon ursprünglich unter dem römischen, genauer dem italischen stand, das heißt in den westlichen Provinzen (Gallia, Hispania, Britannia, usw.), nie eine Verwendung fand, weil die provinziellen Juristen und ihnen folgend die dortigen Gerichtsinstanzen mit einfacheren Lösungsformeln arbeiteten, als die Meisterjuristen von Rom. Die zwei Erscheinungen verbinden sich vom 5. Jahrhundert angefangen und es gestaltet sich daraus eine sog. vulgarrechtliche Denkweise, die im westlichen Reich allgemein wird, ja sogar in einigen Beziehungen auch nach Osten durchstrahlt. Diese Denkart sondert voneinander z. B. Eigentum und Besitz, die die Meisterjuristen so scharf getrennt hatten, nicht ab und separiert nicht die Eigentumstradition von der hinter ihr erscheinenden *iusta causa traditionis*, in erste Linie vom Kauf, sondern sie sieht diese z. B. in einem gegebenen Fall im Kauf sich verkörpern.

2. Die vulgarrechtliche Denkweise ist also unter den gegebenen Verhältnissen verständlich, sie kann doch nicht schematisch behandelt werden. Das Gewicht des Reiches verschiebt sich schon seit Diokletian, aber besonders seit dem Konstantinopel gründenden Konstantin ostwärts, wo zwar in der Provinz die Warenaustauschverhältnisse wahrlich simplifiziert werden, in den Städten aber auch weiterhin die auf der Sklavenarbeit beruhende Güterproduktion, der Warenaustausch, die weitläufige Geldwirtschaft, die Bank- und Kreditgeschäfte vorherrschen. Und wenn es sich im Rechtssystem um eine Vereinheitlichung handelt, kann diese nicht einfach als eine Simplifikation aufgefaßt werden, wie dies Schulz<sup>18</sup> tut, sondern viel mehr als eine Vereinheitlichung, eben um die Rechtsunsicherheit aufzuheben.

Schulz sieht diese Simplifizierungstendenz äußerlich darin, daß die gewaltige klassische Literatur energisch abgekürzt und zusammengezogen wird und daraus epitomae zusammengestellt werden. Andererseits beruft er sich darauf, daß Theodosius der Zweite den Ausdruck „*copia immensa librorum*“ erwähnend (Nov. Th. 1. 1), über das Riesenausmaß des klassischen Materials klagt und darauf hinweist, daß die Institutionen von Gaius, die Sententiae von Paulus und die sog. Epitomen von Ulpian die Hauptvertreter der Rechtswissenschaft sein werden. Der Wert der obigen Feststellungen ist aber bestreitbar. Zunächst einmal ist die Frage nicht entschieden, ob der in die justinianischen Digesten aufgenommene Epitomenverfasser Hermogenian wirklich ein Nachklassiker oder ein Spätclassiker sei (infolge seines spätclassischen Latein) und auch daß es überhaupt nicht sicher ist, daß er mit dem Codexredakteur Hermogenian, der auch Hermogenes genannt sein konnte, identisch war.<sup>19</sup> Und unabhängig davon war die epitomae-Verfertigung in der klassischen Zeit sehr häufig. Diese Gattung ist gar nicht eine Eigenart des nachklassischen Zeitalters, die klassische Zeit kann hingegen solch einer simplifizierenden Tendenz nicht verdächtigt werden.<sup>20</sup> Daß Theodosius über die Riesengröße des klassischen

<sup>18</sup> Schulz a. a. O. S. 369 ff.

<sup>19</sup> Kipp (a. a. O. S. 141) folgert aus der Sprache der Epitomae darauf, daß deren Verfasser ein Spätclassiker war und auch Schulz selber (a. a. O. S. 281) hält dies nicht für ausgeschlossen. — Pólay: Die Hermogenianfrage und die justinianische Kodifikation. *Klio* 60/II (1978) S. 499–506.

<sup>20</sup> Paulus libro ... epitomatorum Alfeni D. 19. 1. 27. — Paul. libro ... epit. Alfeni digestorum D. 17. 2. 71. — Alfenus libro ... dig. a Paulo epit. D. 19. 2. 30–31.

rechtswissenschaftlichen Materials klagt, liefert keinen Beweis für die Simplifizierungstendenz, weil dieses Material schon in der klassischen Zeit gewaltig angeschwollen war und ebenso solche Schwierigkeiten herbeigeführt hatte, besonders am Westen, wie in der nachklassischen Zeit. Übrigens brachte auch das sog. Zitiergesetz (426) keine Lösung der Probleme des sich beklagenden Kaisers Theodosius II. Die Juristen formulierten nämlich dieses Gesetz eben auf seine Verordnung in der Weise, daß es nur der Stabilität diene, einigermaßen, aber keineswegs der Simplifizierung. Und schließlich macht der Umstand, daß zwei klassische Werke (die Institutionen von Gaius und die Sententiae von Paulus) am meisten angewendet wurden, auch wahrscheinlich, daß die feinen Lösungen des klassischen Rechts auch weiterhin hoch eingeschätzt waren. Auch diese Erscheinung ist eher eine Folge der Stabilisierungstendenz.

Wir teilen aber die Meinung von Schulz<sup>21</sup> in bezug auf die inhaltliche Simplifikation überhaupt nicht. Seiner Ansicht nach sind die Zusammenziehung beider Arten des bürgerlichen Prozeßverfahrens, des Formular- und Kognitionsprozesses in eine einzige *cognitio*, die Abstellung der Duplizität des *ius civile* und *ius honorarium*, die Zusammenziehung der *actio* und des *interdictum* in eine einheitliche Klage, die Vereinheitlichung der *actio* und der in *integrum restitutio*, die Fusionierung des *legatum* und *fideicommissum*, die Umgestaltung des *consortium* und der *societas* einheitlich in eine *societas*, die Vereinheitlichung der *sponsio*, *fideipromissio* und *fideiussio* in der *fideiussio*, die Zusammenziehung der *actio rei uxoriae* und der *actio ex stipulatu* in eine Klage, die Folge der Simplifikation.

Untersuchen wir einzelwise diese Feststellungen. In der Zeit des Konstantin (342), als die Anwendung der Formeln verboten wurde, obwohl diese seit dem Ende des klassischen Zeitalters selbst früher nicht mehr angewendet wurden, wurde der einheitliche kaiserliche bürgerliche Prozeß notwendig. Der Formularprozeß war an die Person des Prätors gebunden und war auch strukturell etwas anderes, als die von der Zeit des Augustus ab ausgestaltete *extraordinaria cognitio*. Was für einen Sinn hätte die Erhaltung in der Zeit des Kaisertums des mit dem Kognitionsprozeß verglichen schwerfälligen, aus zwei Teilen bestehenden, von den rechtsunkundigen Prozeßsachleitern geführten Verfahrens, als die von den Kaisern ausgestaltete, in ihren wesentlichen Formen auch heute noch geltende, also die Probe der ungefähr zwei Jahrtausende bestandene Kognitionsprozeßordnung zur Verfügung stand. Die Formularprozeßordnung, die nur die Verurteilung zur Geldentschädigung kannte, war einfach veraltet. Die Doppelheit des *ius civile* und *ius honorarium* ist schon zu Beginn der Kaiserzeit zum größten Teil ein Anachronismus, aufbewahrt häufig nur durch den Formenkonservatismus der Juristen. Ihre Stelle wird durch die neue Gliederung dem *ius publicum* und *ius privatum* gemäß eingenommen. Die Zusammenziehung der *actio* und des *interdictum*, bzw. der in *integrum restitutio* in eine *actio* ist natürlich. Das *interdictum* bedeutete nur am Anfang einen einseitigen prätorischen Befehl (wie bei uns der Zahlungsbefehl), bald nahm es einen Duplex-Charakter an. Es bedeutete demzufolge der mit *interdictum* begonnene Prozeß inhaltlich dasselbe als der

— Labeo libro . . . posteriorum a Iavoleno epit. D. 19. 1. 50—51. — Iavolenus libro . . . ex posterioribus Labeonis D. 24. 1. 64. & 47. 2. 91.

<sup>21</sup> Schulz a. a. O. S. 366—371.

mit einer *actio* eingeleitete Prozess. Was die in *integrum restitutio* anbelangt, war diese ursprünglich außergerichtliche Rechtshilfe eine Folge der Ungültigkeit des Vertrags. Als sich die *actio doli*, *actio quod metus causa*, usw. ausgestaltet haben, wurde auch ihr Ergebnis im Laufe der Zeit, im Falle ihres Erfolges die in *integrum restitutio*, d. h. die Folge des Prozesses. Die Vereinheitlichungstendenz ist auch hier offensichtlich und es handelt sich nicht um eine der wegen der Primitivisierung der Lebensverhältnisse geschehenen Vulgarisierung zufolge eingetretene Vereinfachung. Die Fusionierung des *legatum* und des *fideicommissum* ist das Ergebnis eines natürlichen Vorgangs. Bei dem *legatum* waren zu viele formelle Schwülste und bei dem *fideicommissum* keine Formalitäten. Keine dieser rechtlichen Formen entsprach den Anforderungen des Lebens. Eine von ihnen ihrer Schwerfälligkeit, die andere ihrer übertriebenen Ungebundenheit zufolge. Beide sollten einander annähern und dies geht in der nachklassischen Periode zu Ende, aber der Vorgang beginnt schon in der klassischen Zeit, als das Sc. Pegasianum die auf die quarta *Falcidia* bezügliche Regel auch auf das *fideicommissum* ausdehnt. Die Fusion geschah also praktisch beinahe in der klassischen Zeit. Das Verschwinden des *consortium* und die Erhaltung der *societas* als der einzigen Form der Gesellschaft sind gleichfalls natürlich. Das *consortium* ist uralten Ursprungs, schwerfällig, primitiv, die *societas* ist ein modernes, elastisches Institut. Die *sponsio* war nur für römische Bürger, in lateinischer Sprache und nur dann gültig, wenn die durch sie zustandegebrachte Bürgschaft eine Stipulationsforderung gesichert hat. Diese letzte Eigenschaft war auch bei der *fideipromissio* zu finden. Die *sponsio* und *fideipromissio* wurden damit charakterisiert, daß die Er-schaffung der Bürgschaft auf diese Weise nur so möglich war, wenn sie mit der die Hauptforderung begründenden *stipulatio* zusammen zustandekommt, weder früher, noch später. Demgegenüber war bei der *fideiussio* keine solche Einschränkung bekannt. Es ist natürlich, daß das entwickelte Recht — wie das nachklassische — die anderen zwei Gründungsgeschäfte der Bürgschaft verkümmern ließ und nur das moderne, elastische bürgschaftsgründende Geschäft aufrechterhielt. Was schließlich die Fusion beider Mitgiftklagen betrifft (*actio rei uxoriae* und *actio ex stipulatu*), gab sich die Doppelheit daraus, daß die letztere dann benützt war, wenn die Zurückgabe der Mitgift mit einer *stipulatio* versprochen worden war, während die Form, womit die dos auch ohne eine solches Versprechen im Prozeßwege zurückgefordert werden konnte, sich erst später entwickelte. Als die *stipulatio* nicht mehr die Vorbedingung der Zurückforderung der Mitgift ist, ist sinnlos zwei Arten der Klagen weiterzuerhalten. Nur die Benennung ist illogisch, mit Rücksicht darauf, daß die zwei Klagen im nachklassischen Recht lieber unter dem Namen *actio rei uxoriae* hätte vereinigt werden sollen und nicht unter einem Namen, der auf die die Zurückgabe versprechende *stipulatio* hinweist.

3. Es geht aus den Obigen hervor, daß die nachklassische römische Rechtswissenschaft — abgesehen von der vulgarrechtlichen Denkweise, die sich eher auf den Westen beschränkte — nicht simplifiziert, sondern vereinheitlicht ist. Der zentrale Zweck der vereinheitlichenden juristischen Denkweise war, alle Antiquität, die die Zwei- oder Dreifachheit einiger inhaltlich identischen Institute dem römischen Formenkonservatismus zufolge aufrechterhalten hat, zu liquidieren.

1. Die vierte juristische Tätigkeit ist auch in der nachklassischen Zeit die Rechtsunterrichtsarbeit. Die kaiserliche Bürokratie hat nach sich gezogen, daß auch der rechtliche Unterricht in staatlicher Hand und von staatlichen Beamten, Professoren berufsmäßig ausgeübt sei. Es fungierten bis 425 zwei ausdrücklich Rechtshochschulen: eine in Berytos, die andere in Rom. In 425 wurde eine dritte in Konstantinopel aufgestellt (C. Th. 14. 9. 3.—C. 11. 19. 1). Überdies fungierten Rechtsschulen offenbar auch anderswo, diese unterrichteten aber auch Rhetorik und Grammatik außer dem Rechtsunterricht und daß dieser Unterricht nicht von hohem Niveau sein konnte, wie z. B. in Alexandrien oder Caesarea, ist von Justinians *Omnem constitutio* (7) gezeigt, wonach:

„audivimus etiam in Alexandrina splendidissima civitate et in Caesarensium et in aliis quosdam imperitos homines devagare et doctrinam discipulis adulterinam tradere“,

weshalb Justinian den Hochschulunterricht nur in Rom, Berytos und Konstantinopel bewilligte (*Omnem* 7). Die Rechtsprofessoren waren vom Senat der erwähnten Städte ernannte und mit Bezahlung angestellte Lehrer, die auch von den Hörern ein Honorar genossen (D. 50. 13. 1. 5 ist ein unter Ulpian's Namen interpolierter Text über das Honorar, während C. 11. 10. 1 über die Staatsbezahlung spricht). Die Anzahl der Professoren war ziemlich klein, dem C. Th. 14. 9. 3. pr nach in Konstantinopel 2.<sup>22</sup> Diese Hochschulen funktionierten laut eines bestimmten Lehrplans. *Omnem* 1 und andere Quellen geben darüber eine teilweise Information. Im ersten Jahrgang wurden Gaius' Institutionen und die *de re uxoria*, *de tutelis*, *de testamentis* und *de legatis libri singulares* vorgelesen. Im zweiten Jahrgang wurde das Edikt interpretiert.<sup>23</sup> Im dritten Jahrgang wurden diese Vorlesungen fortgesetzt und mit der Interpretation der *responsa* von Papinian beendet (*Const. Omanem* 4). Im vierten Jahrgang Paulus' *responsa* wurden außerhalb der Vorlesungen besprochen.<sup>24</sup> Und im fünften Jahrgang der Lehrstoff enthielt die kaiserlichen *constitutiones* (*Const. Imperatoriam maiestatem* 3). Diese Lehrordnung stammt übrigens wahrscheinlich nicht von Justinian, sondern sie hat sich schon in der Zeit des Kaisers Anastasius ausgestaltet, worauf selbst zwei Codex-Stellen hinzuweisen scheinen (C. 2. 7. 22. 4 — 2. 7. 24. 4).

2. Dieser Rechtsunterricht war dem Wesen nach klassizistischen Charakters, denn die originellen (Gaius' Institutionen) oder umgestalteten (adaptierten oder ergänzten) Werke der Klassiker bildeten die Grundlage des Unterrichts und die kaiserlichen *constitutiones* wurden erst im fünften Jahrgang und zwar im Rahmen der drei Codices behandelt.

Der Meinung von Schulz<sup>25</sup> nach gliederte sich der Klassizismus in zwei Perioden. Die erste Periode fällt auf das Ende des 3. Jahrhunderts und den Anfang des 4. Jahrhunderts und wird durch die Adaptierung, Verkürzung, Er-

<sup>22</sup> B. Kübler: Geschichte des römischen Rechts, Leipzig—Erlangen, 1925. S. 427.

<sup>23</sup> P. Collinet: Études historiques sur le droit de Justinien 2. Histoire de l'école de droit de Beyrouth, Paris, 1925. S. 226. Der Meinung von Collinet nach geschah diese Interpretation aufgrund des Ediktkommentars des Ulpian.

<sup>24</sup> Schulz a. a. O. S. 348.

<sup>25</sup> Schulz a. a. O. S. 355—359.

gänzungen der klassischen Schriften gekennzeichnet. Die zweite Periode beginnt im 4. Jahrhundert. Die Adaptierung wird hier durch die Besprechung des (in jener Zeit nicht mehr lebenden) Rechts der Vergangenheit. Und sie ist dadurch charakterisiert, daß sie in Beziehung auf die juristischen Schriften einen gewissen Kanon aufstellt, wie es sich auch im Zitiergesetz d. J. 426 spiegelt. Seiner Meinung nach sei die Ursache all dessen, daß: „Der nachklassische Rechtslehrer besitzt keine eigene Autorität mehr; er kann Autorität nur gewinnen als Kenner und Verkünder der klassischen Jurisprudenz.“<sup>26</sup>

Wir denken jedoch, daß diese Argumentation nicht völlig stichhaltig ist. Das Charakteristikum der ersten Periode der klassizistischen Rechtswissenschaft, daß nämlich die klassischen Schriften adaptiert, ergänzt, usw. werden, ohne den Namen des Umarbeiters zu erwähnen, ist nicht ganz neu in der Geschichte der römischen Rechtswissenschaft. In den Digesten kennen wir einige vorklassische Fragmente nur aus den Werken von Q. Mucius Scaevola, P. Alfenus Varus und C. Aelius Gallus. Die Werke zahlreicher und hervorragender Vorklassiker (Aufidius Namusa, Tubero, Trebatius, Aquilius Gallus, Aulus Ofilius) werden nur aus den Anführungen der Klassiker gekannt. Hätte Augustus eine der des Justinian ähnliche Kodifikation verordnet, wie es schon Caesar und Pompeius geplant hatten, so ist es offenbar, daß die Kodifikatoren nicht ihren eigenen Namen vor den eventuell umgestalteten Text geschrieben hätten, sondern den der erwähnten Vorklassiker, womit wir keineswegs sagen möchten, als ob die Autorität der Klassiker sich trotz der Gestaltung ihrer Texte zur Zeit vermindert hätte. Wenn also die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft in der Zeit des Augustus, eventuell in der der triumviri zu Ende gegangen wäre, so würden wir von den Namen der Juristen der Periode des Prinzipats höchstens einige kennen, wie jetzt von den nachklassischen Juristen die Namen des Arcadius Charisius und Hermogenianus (?) gekannt sind. Was die auf die zweite Periode bezügliche Feststellung von Schulz anbelangt, daß nämlich in den Rechtshochschulen auch das nicht mehr lebende Recht unterrichtet wird, dies folgt natürlich aus der Tatsache, daß die Institutionen des Gaius die seit langer Zeit außer Kraft getretene Prozeßordnung der legis actiones mit einer verhältnismäßigen Ausführlichkeit unterrichten, vielleicht teilweise weil das Formularverfahren bis zu einem gewissen Ausmaß auf der Struktur der legis actio sacramento (und teilweise der anderen zwei prozessualen legis actiones) beruht. Unsere klassischen Juristen können zwar nicht wegen einer geschichtlichen Anschauung „angeklagt“ werden, aber gewisse geschichtliche Angaben mußten sie stellenweise notwendig gewähren, wie auch Pomponius dies tut. Daß die zweite klassizistische Periode in der Flut der Werke der Rechtsgelehrten einen Kanon aufzustellen wünschte, ist natürlich. Auch im Mittelalter wird das Zustandekommen einiger Rechtsbücher damit begründet, daß eine solche Menge der juristischen Schriften oder im Falle des Präzedenzsystems der Rechtsfälle aufgehäuft wurde, die im Interesse der Rechtssicherheit eine zusammenfassende Organisation nötig machte. Diesem Zweck wollte das Zitiergesetz dienen. Daß dies nicht gelungen ist, ist eine andere Frage. Die von Schulz gesagten bedeuten jedenfalls kaum, daß die nachklassische Rechtswissenschaft den Untergang der Rechtswissenschaft bedeutet hätte. Der Klassizismus der Nachklassiker hat unter den alten Namen eine zeitgemäße Rechtswissenschaft erschaffen, mit Verwertung der

<sup>26</sup> Schulz a. a. O. S. 354.

Autorität der alten Namen, wie es die Klassiker mit den Vorklassikern (z. B. Q. Mucius, Aquilius Gallus, usw.) getan hatten. Überdies hatten sie mehr geschichtlichen Sinn als die Klassiker, da Theodosius der Zweite und Valentinian der Dritte auf die Anregung der Professoren der Schulen verordnet hatten, daß in das Material des Codex Theodosianus auch nicht mehr in Geltung stehende constitutiones aufgenommen werden (C. Th. 1.1.5):

„Scholasticae intentioni tribuitur nosse etiam illa, quae mandata silentio in desuetudinem abierunt“.

Überdies erreichten sie auch die Idee der Kodifikation. Die ersten Schritte dahin haben zwei Juristen bekannten Namens in der Kanzlei, Gregorius und Hermogenianus gemacht und Theodosius der Zweite verwirklichte, was übrigens seit der Zeit von Pomponius nicht einmal in Frage kam. Der nachklassische Klassizismus bedeutet also ein höheres Niveau in der Rechtswissenschaft in gewissen Beziehungen, als was die Rechtswissenschaft der klassischen Zeit erreichte.

2. Die klassische Rechtswissenschaft war kasuistisch und ausnahmsweise erschien also die Bestrebung nach der Abstraktion, als eine Nachwirkung des vorklassischen Einflusses der hellenistischen Philosophie (dialektische Methode, philosophische Rechtswissenschaft). Durch die Verlegung des Sitzes des Reiches und damit seines Schwerpunktes nach Osten, besonders seit Konstantin (der am 11. Mai 330 das „Neue Rom“ als den Sitz des Reiches feierlich eingeweiht hatte<sup>27</sup>) wurde die neue Einwirkung der hellenistischen Philosophie auf die römische Rechtswissenschaft ermöglicht.<sup>28</sup> Dieser Einwirkung gegenüber, wie Schulz betont, konnte die römische Rechtswissenschaft einen viel weniger Widerstand mehr leisten, als es in der Zeit des Q. Mucius oder der Klassiker tat. Und dies ist natürlich, weil die Einwirkung das römische Recht in einer hellenistischen Umgebung traf. Es ist dennoch übertrieben so etwas festzustellen, daß Q. Mucius und die Klassiker gegen die erste Einwirkung der hellenistischen Philosophie einen so heftigen Widerstand geleistet hätten. Schulz hält viel mehr die Tätigkeit des älteren Cato vor Augen, als er diese Feststellung macht. Q. Mucius und seine Mitarbeiter, sowie die Klassiker, verblieben bei ihrer Kasuistik, sie schlossen sich aber der Methode der hellenistischen Dialektik und der Philosophie gegenüber nicht ab, nachdem eben die letzteren den Sinn der aus dieser Philosophie rezipierten Begriffe auseinandergesetzt haben. Dieser hellenistische Einfluß fand zunächst mit der Aufnahme einige Rechtsinstitute in das römische Recht statt. So bei der *traditio* wird das Eigentumsrecht — insofern die *iusta causa* ein traditionaler Kauf ist — nur durch die Bezahlung des Kaufpreises übertragen; solche sind weiterhin: das Rechtsinstitut der *Klageverjährung*; die *arrha*, die neue Form der Draufgabe, die sich darin äußert, daß die gegebene Draufgabe im Falle eines Vertragsbruchs, verlorengeht, die erhaltene Draufgabe doppelt zurückzugeben ist; die Verbindung der *arrha* mit der Verlobung (*arrha sponsalicia*); das Verbot der *antichresis*. Diese sind alle die Folgen der hellenistischen Wirkung. Ein hellenistisches Rechtsinstitut ist

<sup>27</sup> Moravcsik, Gy. 's Meinung nach (*Bevezetés a bizantinológiába* = Einführung in die Byzantinologie. Budapest, 1966, S. 111) wird der Beginn des Byzantinischen Reiches von vielen von diesem Tag ab gerechnet.

<sup>28</sup> Collinet: *Études* 1, Paris, 1912, S. 47 ff. — F. Schulz: *Principien des römischen Rechts*. München—Leipzig, 1934, S. 92. — E. Volterra: *Diritto romano e diritti orientali*. Bologna, 1937, S. 241. — Schulz: *Geschichte*, S. 473 ff.

die *emphyteusis* und auch die Wörter *hypotheka* und *parapherna* wurden aus der hellenistischen Terminologie übernommen. Wichtiger als all diese ist aber die Wirkung der hellenistischen Philosophie auf das nachklassische römische Recht, die sich neulich in der stärkeren Anwendung der dialektischen Methode, sowie in der Weiterentwicklung der philosophischen Kategorien und in der auf die Gliederung des römischen Rechtssystems ausgeübten Wirkung zeigt. Demgemäß können wir im nachklassischen Recht wiederholt über:

- A) eine dialektische Rechtswissenschaft und
- B) eine philosophische Rechtswissenschaft, als die neuen Erscheinungen der Abstraktion sprechen.

#### A)

1. Die Regularrechtswissenschaft lebt ihre Renaissance in der nachklassischen Periode. Der Einfluß der nachklassischen Kompilatoren ist, wie es sich aus *Index Int.* herausstellt, aus *regulae* wie folgt zu entnehmen:

- „Plus cautionis in re est, quam in persona” (*Pomp. 50.17.25*);
- „Nemo, qui condemnare potest, absolvere non potest” (*Ulp. D. 50.17.37*);

die gleichzeitig ein schönes Beispiel der Anwendung des *argumentum a maiori ad minus* ist;

- „Furiosi, vel eius, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est” (*Pomp. D. 50.17.40*);
- „Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur” (*Gai. D. 50.17.57*);
- „In omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda est” (*Paul. D. 50.17.90*).

2. In dieser Periode lebt auch die Definitionsrechtswissenschaft wieder auf: Eine klassische Definition der *hereditas* wird vom Kompilator unter dem Namen *S. Iulianus* gegeben:

- „Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius, quod defunctus habuerit” (*D. 50.17.62*).

Eine ähnlich schöne *quid est-definitio* kann bei dem nachklassischen *Arcadius Charisius* über das Wesen der öffentlichen Vermögensabgaben gelesen werden:

- „Patrimoniorum sunt munera, quae sumptibus patrimonii et damnis administrantis expediuntur” (*D. 50.4.18.18*).

Den Begriff der *munera personalia* definiert er hingegen schon in der Form *rer partitio rei infinitae*:

- „Personalia sunt, quae animi provisione et corporalis laboris intentione, sine aliquo gerentis detrimento perpetrantur, veluti tutela, vel cura, kalendarii quoque curatio” (*D. 50.4.18.1*).

Eine Definition durch *divisio* wird auch von *Arcadius Charisius* über die Gesamtheit der öffentlichen Abgaben in den Folgenden gegeben:

- „Haec omnia munera, quae trifariam divisimus, una significatione comprehendantur: nam personalia et patrimoniorum et mixta munera civilia seu publica appellantur” (*D. 50.4.18.28*).

Es ist übrigens zu bemerken, daß während die *divisio duplex* im allgemeinen die Eigenheit der klassischen Periode ist, ist die *triplex divisio* dieje-

nige der nachklassischen Zeit.<sup>29</sup> Einige der grundlegenden Mittel der dialektischen Methode, die diairesis und synthesis bekommen übrigens wiederholt eine größere Rolle in der Rechtswissenschaft.<sup>30</sup>

3. Schließlich, als ein Ergebnis der dialektischen Methode, wurde das gaianische Institutionsystem in der nachklassischen Rechtswissenschaft stabilisiert. Dies wird auch dadurch erwiesen, daß in der ersten Hälfte des vierten Jahrhunderts der Epitomator Ulpian „*Liber singularis regularum*“ dieses Werk von Ulpian, unbeschadet des gaianischen Systems verkürzt. Das *personae — res — actiones*-System wurde endgültig, was übrigens auch damit verwahrscheinlicht ist, daß die Hörer, dem Fünfjahresplan gemäß, das erste Jahr mit der Studierung der Institutionen von Gaius begonnen. Ein Rechtsbuch erhielt sich aus dieser Periode und wurde von Bruns ein Syrisch-römisches Rechtsbuch genannt. Seine Struktur, bzw. sein System ist umstritten genug. Inhaltlich gibt es das Erbrecht (*intestate*, testamentarische Beerbung), dann beschäftigt es sich mit dem Familienvermögensrecht (*arrha sponsalicia*, *dos*, *donatio ante nuptias*, Schenkung und Kauf innerhalb der Familie), sowie mit einem gewissen Depositenvertrag hellenistischen Ursprungs (*paratheke*). Während Schulz<sup>31</sup> erachtet in diesem Werk zwei Teile zu entdecken, das *ius* (*civile*, *ius vetus*) und die *lex* (*ius novum*, kaiserliche *constitutiones*), genauer die Umschreibung derer, ist Selbs Meinung nach<sup>32</sup> eine so kategorische Absonderung von diesen bestreitbar. Eines ist unzweifelhaft, nämlich daß das Material des *ius honorarium* im System dieses Rechtsbuches sich nicht auffinden läßt.

## B)

1. Diese neuere Einwirkung der hellenistischen Philosophie hatte vor allem das Ergebnis, daß der Begriff der *aequitas* mit dem *ius*, d. h. das *ius strictum* mit dem *ius aequum* jetzt zuerst in Konflikt geraten ist.<sup>33</sup> Dies wird zuerst in einer v. J. 316 herrührenden *constitutio* des Konstantin festgesetzt:

„*Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere*“ (C. 1.14.1.),

dann sagt eine aus 331 herrührende *constitutio* die Folgenden:

<sup>29</sup> F. Pringsheim (Beryt und Bologna, Ges. Abh. I, Heidelberg, 1961, S. 417) weist darauf hin, daß der Ausdruck „*bifaria*“ bei Modestin zu finden ist, bei dem die hellenistische Wirkung gleichfalls erwiesen werden kann (D. 38, 10, 4, 2), während die vierer Einteilung (*quadrifarter*) erst in der nachklassischen Periode erscheint. Das *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae* 2, 287, 2 — 2, 288, 32 zeigt, daß die dreifachdivisio, die auch bei Arcadius Charisius gesehen wird, nachklassischen Ursprungs sei.

<sup>30</sup> Schulz: *Gesch.* S. 374. — Pringsheim: Beryt und Bologna, S. 220 ff.

<sup>31</sup> Schulz: S. 410.

<sup>32</sup> W. Selb: *Zur Bedeutung des Syrisch-Römischen Rechtsbuches*, München, 1964, S. 215 ff.

<sup>33</sup> Pringsheim nach (*Jus aequum* und *jus strictum*, Ges. Abh. I, 131 ff) bestand dieser Gegensatz schon auch in den früheren Perioden. Schulzens Meinung nach (*Gesch.* S. 374) hat aber diese Gegenüberstellung, die bei Aristoteles und den Römern zwischen dem *nomos* (*ius*) und der *epieikeia* (*aequitas*) bestand, keine Rezeption erhalten, nur der in der nachklassischen Periode erscheinenden hellenistischen Wirkung zufolge.



„si — ex evidenti claruerit sententiam a iure iustitiaque discedere, ea penitus explosa controversia de aequitate terminum capiat“ (C. Th. 1.5.3).

So sind zwar hier *ius-iustitia* und *aequitas* einigermaßen auf einen gemeinsamen Nenner gebracht,<sup>34</sup> dennoch treten sie als verschiedene Begriffe auf. Und das ist natürlich, das *ius* ist nämlich Recht und die *aequitas*, wenn auch sie damit, daß sie zur Ursache von Rechtsinstituten gereicht, an ihrem philosophischen Charakter verlor, hat diesen Charakter doch nicht ganz verloren.

2. Das *ius naturale* spielt auch gewisse Rolle in dieser Philosophie. Der dem Ulpian zugeschriebene Text, wonach es einen solchen *nomos* gibt, der für Leute und Tiere gleichermaßen gilt, wie der Umgang der Geschlechter, die Erziehung der Kinder, wurde in Ulpians Institutionen berührt. Der Meinung des *Perozzi* nach ist aber der einführende Teil des Textteils C. 1.1.1.3: „*ius ... est*“ das Ergebnis einer byzantinischen Insertion<sup>35</sup> und ist nur der auf die Verbindung der Geschlechter, die Erziehung der Kinder bezügliche Teil original. Eine solche Auslegung des *ius naturale* kann also als das Ergebnis der zweiten hellenistischen Einwirkung angesehen werden.

3. Die Unterscheidung der griechischen Philosophie hinsichtlich des *nomos* *grammenos* und *nomos* *agraphos* war ziemlich schwankend und unter den letzten wurden im allgemeinen die (moralischen, religiösen) Normen verstanden, die durch kein Gesetz proklamiert wurden. Gaius Institutionen kennen diese Unterscheidung noch nicht; die *lex* und der *mos* verweisen bei ihm offenbar auf die Doppelheit des *nomos* und *ethos*.<sup>36</sup> Es ist nur die Rechtswissenschaft der nachklassischen Periode, die das geschriebene Recht (*ius scriptum*) mit dem Gesetz, während das Ungeschriebene (*ius non scriptum*) mit dem Gewohnheitsrecht identifiziert.<sup>37</sup>

4. Das Ergebnis der Wirkung der griechischen Philosophie und der christlichen Ideologie ist die *benignitas*, *pietas*, *caritas*, *clementia*, *humanitas* in der Schulrechtswissenschaft dieser Periode.<sup>38</sup> Die Idee der *humanitas* hat übrigens ihren Ursprung von der Philosophie der Stoa erhalten. Dieser Ursprung verblaßte aber schon in den 4. und 5. Jahrhunderten. Daß der Ursprung der *humanitas* und ihrer verwandten Begriffe gar nicht in der christlichen Ideologie zu suchen ist, wird dadurch erwiesen, daß die christliche Theologie in den 5. und 6. Jahrhunderten noch weder in Rom noch in Konstantinopel unterrichtet wurde. Die heidnischen Traditionen wurden bewahrt.

5. Von den erwähnten philosophischen Begriffen hat sich unseres Erachtens die „*utilitas*“ eine besondere Bedeutung verschafft, obwohl diese in Rom kein neuer Begriff war, weil der im vorletzten Jahrhundert der Republik Rom besuchende Akademiker *Karneades* schon erklärt hatte, daß die „Gerechtigkeit“ und „Nützlichkeit“ einander widersprechende Begriffe seien.<sup>39</sup> Ci-

<sup>34</sup> Hier kommt *Pringsheim* in Widerspruch mit sich selbst (Ges. Abh. I. S. 133), weil er in den Vorigen den Widerspruch zwischen Beiden betont, hier aber schreibt er der Anführung einen identifizierenden Sinn zu.

<sup>35</sup> *S. Perrozzi*: *Istituzioni di diritto romano*. I. Firenze, 1906. S. 66.

<sup>36</sup> *Schulz*: *Gesch.* S. 162.

<sup>37</sup> *Schulz*: *Gesch.* S. 374.

<sup>38</sup> *Schulz*: *Prinzipien*. S. 142. und *Pringsheim*: *Jus aequum*. Ges. Abh. I. S. 149.

<sup>39</sup> *A. Steinwenter*: *Utilitas publica — utilitas singulorum*. Festschr. Koschaker I. Weimar, 1939. S. 89.

cero auch benützt den Begriff: „utilitate omnia metienda sunt“ (De leg. 42). Seiner Ansicht nach ist ja die utilitas ein öffentlicher (publicus) Begriff und er versteht darunter, unter dem Einfluß des Panaitios, die salus communis.<sup>40</sup> Ciceros Ansichten über die utilitas blieben auch bei den Klassikern nicht ohne Anklang, z. B. bei Africanus (D. 47.2.62.6), dessen Ansicht nach „nulla utilitas commodantis interveniat“.

Die Rechtskategorie-determinierende Bedeutung der utilitas wird zuerst bei Ulpian gesehen:

„Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem. Sunt enim quaedam publica utilia, quaedam privata“ (D. 1.1.1.2).

Der Text wird teilweise für das Ergebnis der justinianischen interpolatio gehalten, teilweise für original.<sup>41</sup> Wie dem es auch sei, ist der folgende Textteil unumstritten: „Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem.“ Der Ausdruck begründet die Gegenübersetzung der utilitas publica der utilitas privata. Der „status rei Romanae“ ist interessiert an allem, was „rei Romanae utilis est“.

Es fragt sich ob der „utilitas“-Begriff nicht eine Wirkung auf die bisherigen Grenzen zwischen ius publicum und ius privatum ausübte. Es ist zweifellos, daß diese philosophische Kategorie, als der Grund der rechtlichen Lösungen stufenweise selbst in das klassische Recht schon eindringt, wie in der Quellenstelle des Africanus, in Verbindung mit dem commodatum gesehen wurde. Außerdem spielt sie eine große Rolle in der Ausgestaltung des Haftungsrecht in der klassischen Periode.<sup>42</sup> Unter diesen Umständen ist kaum denkbar, daß die utilitas-Idee auf die Grenzen beider Rechtszweige keine auflöckernde Wirkung ausgeübt hätte. Eine constitutio des Diokletian stellt die utilitas publica der lex contractus gegenüber:

„Utilitas publica praeferenda est privatorum contractibus“ (C. 12.6.3).

Es ist in diesem Ausdruck eigenartig gespiegelt, daß utilitas und lex publica sich verflochten haben und die utilitas publica quasi einen herrschenden Charakter annahm, wie auch von Theodosius ausgedrückt:

„In omnibus quidem rebus publicam convenit utilitatem privatis commodis antepone“ (Nov. Th. 5.3. pr).

Am Ende der klassischen Periode verfaßt Papinian inzwischen den Satz, wonach „ius publicum privatorum pactis mutari non potest“ (D. 2.14.38). Damit wird die Grenze zwischen lex populi und lex contractus, sowie ius publicum und ius privatum locker; damit wurde nämlich die testamenti factio zum Institut des ius publicum aus dem ius privatum (D. 28.1.3).

Die Idee der utilitas und die von Papinian aufgrund früherer Vorstellungen verfaßte regula über den zwingenden Charakter der Regeln des ius publicum haben ermöglicht, daß der Vorgang, im Laufe dessen — lassend das in-

<sup>40</sup> Steinwenter a. a. O. S. 89.

<sup>41</sup> Perozzis Meinung nach (Ist. II. S. 62) wurde der erste Satz (huius ... privatum) und das Ende des dritten Satzes (sunt privatum) interpoliert, während nach der Beurteilung von F. Stella—Maranca (Le due positiones dello studium iuris. Stud. Barillari, Bari, 1936. S. 17 ff. 3), der ganze Text original sei. Vgl. Pólay: Differenzierung. S. 316 ff.

<sup>42</sup> Nörr: Die Entwicklung des Utilitätsgedankens. SZ 73 (1956), S. 119.

haltlich begrenzte Gebiet beider Rechtszweige außer acht und stellend nur die Struktur der Rechtsregel (zwingendes oder dispositives Recht) also das formale Kriterium in den Vordergrund — das *ius publicum* den bedeutenden Teil des Materials des *ius privatum* quasi verschlang, eingeleitet wird; und damit wurde, dem Wesen nach, auch diese Gliederung des Rechtssystems liquidiert. Der Ausdruck „*huius studii duae sunt positiones*“ weist schon darauf hin, daß es sich hier nurmehr um die scholare Denkkategorien handelt.

Die Liquidierung der zwei Rechtszweige wurde jedenfalls dadurch grundlegend erforderlich gemacht, daß die in eine immer kritischere Lage gelangende militärische Monarchie in die Privatlebensverhältnisse immer mehr ungehindert eingreifen kann (z. B. die Enteignung als das Produkt der nachklassischen Periode).

Die philosophische Rechtswissenschaft hat also mit Hilfe einer philosophischen Kategorie neulich eine ideologische Grundlage für die Veränderung der Gliederung des Rechtssystems erschaffen, ebenso wie es zu Beginn der Kaiserzeit in bezug auf der Auflockerung der Grenzen des *ius civile* und *ius honorarium* mit den drei philosophischen Kategorien (*aequitas*, *ius naturale*, *ius gentium*) geschah.

## VII

1. In Hinsicht des juristischen Denkens der nachklassischen Periode sind die Folgenden festzustellen:

a) Die Formularjurisprudenz bleibt nur in der Form der Kautelarjurisprudenz zurück, die Erschaffung neuerer Klageformeln wird gegenstandslos, denn die formularische Prozeßordnung veraltet und von Konstantin ab wird die Kognitionsprozeßordnung die einzige sich geltend machende Zivilprozeßordnung. Dies bedeutet natürlich nicht die Liquidierung der klagenrechtlichen Denkweise unserer Juristen, sie denken ja auch danach im allgemeinen in Klagen;

b) die *agere*-Tätigkeit formt sich der Bürokratisierung der Staatsgewalt zufolge um. Jetzt instruiert nicht mehr der *iuris consultus* den *orator*, die Staatsgewalt baut nämlich die *oratores* (*advocati*) in seinen eigenen Apparat ein, als sie sie verbindet, die rechtliche Hochschule zu absolvieren. Der *advocatus*, als ein Organ der Staatsgewalt, ist der Jurist selber;

c) die *respondere*-Tätigkeit baut sich der Bürokratisierung zufolge ganz in den Staatsapparat. Die Juristen des kaiserlichen *consistorium* und der Kanzlei werden vom Kaiser aus dem Kreis der *advocati* ernannt, üben ihre respondierende Tätigkeit im Namen des Kaisers in der Richtung von denen, die sich zur Kanzlei wenden, in der Form von *rescripta*, unpersönlich. Ihre Denkart in der Verfassung der kaiserlichen Verordnungen wird dadurch beeinflusst, daß das Christentum in den Vordergrund rückt, aber nicht entscheidend, weil das Gebäude des Reiches auf den heindischen Traditionen beruht. Die verordnungserzeugende Tätigkeit der fachkundigen Juristen des kaiserlichen Amtsapparates ist kasuistisch und teilweise adaptierend, teilweise neue Institute erschaffend. Es zeigt sich dennoch in die dieser Arbeit in zwei Richtungen eine abstrahierende Bestrebung, teils in der stabilisierenden Rechtswissenschaft, die sich bestrebt, im Chaos der kaiserlichen Verordnungen (*lex*) und der juristischen Werke mit einer Kodifikationstätigkeit und Anführungsge-

setzen eine Ordnung zu schaffen, teils in der vereinheitlichenden Rechtswissenschaft, die in der östlichen Hälfte des Reiches ernste Schritte tut, um einige Institute, deren Separiertheit ihrer Antiquität zufolge nurmehr ein überflüssiger Schwulst des römischen Rechtssystem war, mit der Ausgestaltung ihrer einheitlichen Struktur zusammenzuschmelzen. Dies ist keine Simplifikation, sondern zeigt eine vorwärtsweisende, ernste Abstraktionsdenkweise;

d) der Rechtsunterricht wurde auch zu einer staatlichen Funktion. Die rechtlichen Hochschulen von Rom, Berytos und Konstantinopel waren mit einem bestimmten Fünfjahresplan funktionierende ausgezeichnete Lehrinstitute, wo die Juristen des Reiches ihre juristische Ausbildung erhielten. Die hier unterrichtete Rechtswissenschaft war klassizistisch, denn sie wurde auf die Werke der Klassiker aufgebaut, lehrte auch ein geschichtliches Material und, obwohl sie kasuistischen Charakters war, kann die Abstraktion auch hier, ja in einem höheren Maße aufgefunden werden, als in der klassischen Periode, und zwar in der dialektischen Rechtswissenschaft, in der die Regular- und die Definitionswissenschaften ihre Renaissance erreichen und sich das gäianische Institutionssystem auch stabilisiert. Eine Folge der auf die römische Rechtswissenschaft ausgeübten zweiten hellenistischen Wirkung ist die philosophische Rechtswissenschaft dieses Zeitalters, wo es zuerst vorkommt, daß die Idee der *aequitas* mit dem *ius* in Konflikt gerät. Die Rolle des *ius naturale* nimmt zu. Die Identifizierung des Gewohnheitsrechts mit dem ungeschriebenen Recht erscheint, die Idee der auf die Philosophie der Stoa zurückzuführenden *humanitas*, *benignitas*, *pietas* kommt ebenso in den Vordergrund, wie die der *utilitas*, die eine ideologische Grundlage gewährt, um die inhaltliche Separierung des *ius publicum* und *ius privatum* aufzulockern und die zwei Rechtszweige auf neuen formalen Grundlagen (cogenten, dispositiven Charakters) zu wissenschaftlichen Denkkategorien zu gestalten.

2. Die Umgestaltung der nachklassischen Rechtswissenschaft mit der Klassischen verglichen ist das Ergebnis eines Vorganges, der dem Wesen nach schon seit dem Beginn des Prinzipats, seit Einführung des *ius respondendi* eingeleitet wurde. Der Grund davon war, daß die Produktionsverhältnisse seit dem Anfang des Prinzipats stagrierten und danach mehr und mehr die Symptome der Auflösung zeigten. Um dies zu kompensieren, schien die Bürokratisierung des Staatsapparats die beste Lösung zu sein. Aber die Bürokratisierung des Staatsapparats war mit der Bürokratisierung der juristischen Funktionen, mit ihrem völligen Einbau in den Staatsapparat verbunden. Dieser Vorgang hat auch das im Rechtsmaterial dem gesellschaftlichwirtschaftlichen Wirrwarr entsprechend erscheinendes Durcheinander sichtbar gemacht und die kaiserliche Bürokratie auf die Stabilisierung des Rechtssystems, die Kodifikation gerichtet.

## V. DENKWEISE DER JUSTINIANISCHEN KODIFIKATOREN

### I

1. Die justinianische Kodifikation ist der Schlußakkord der Entwicklung der nachklassischen Rechtswissenschaft, ein Markstein, womit die Rechtsentwicklung des antiken Roms dem Wesen nach als abgeschlossen anzusehen ist. Die Kodifikation war im byzantinischen Reich zustandegekommen, das selbst mit seinen gesellschaftlich-wirtschaftlichen Widersprüchen (in den Städten Warenaustausch, im Lande Feuadalisierung) noch einmal einen Aufschwung in der östlichen Hälfte des vormaligen römischen Reiches bedeutete. Und als eine Folge dieses Aufschwungs, wurde die von den Ostgoten schon unterworfenen Italien wiederholt zu einem Teil des byzantinischen Reiches.

2. Die Kompilatoren sind im Grunde genommen Kasuisten, ebenso wie ihre vorklassischen, klassischen oder nachklassischen Vorgänger. Als sie das Rechtsmaterial von 1000 Jahren vom Zwölftafelgesetz bis zu den nachklassischen codices abgeschätzt haben, hatten sie eigentlich eine Masse der auf konkrete Rechtsfälle bezüglichen Rechtsregeln („case law“) zu überprüfen und in eine Einheit zusammenzustellen. Diese Zusammenstellung konnte jedenfalls nicht mit der Liquidierung der rechtsfallbezüglichen Regeln stattfinden. Diese sollten aufrechterhalten werden, nur das veraltete Material mußte ausgelassen, die nur teilweise gültigen case law Regeln für die vorhandenen Warenaustauschverhältnisse adaptiert und das Ganze in eine Einheit zusammengedrängt werden. Dies geschah bei dem Codex vetus und dem Codex Iustinianus repetitae praelectionis mit dem Versammeln der im allgemeinen Rechtsfälle lösenden kaiserlichen constitutiones, mit ihrer Modernisierung und Systematisierung, mit der Auslassung der Antiquitäten, sowie mit einer ähnlichen Tätigkeit in bezug auf die aus den Schriften der Rechtsgelehrten genommenen Fragmente bei den Digesten. Allein die Institutiones seu Elementa, dieses als Gesetzbuch angewendete Lehrbuch bedeutete in seinem Material und seiner Struktur ein verhältnismäßig abstraktes Werk, die die mutatis mutandis notwendigerweise abstrahierende Tendenz des gaianischen Lehrbuchs übernimmt.

3. Nichtsdestoweniger, wenn auch die Denkweise der justinianischen Kodifikatoren kasuistisch war, erreichte sie die höchste Stufe der Abstraktion, mit der Vorgeschichte vergleichend, in der Entwicklungsgeschichte der römischen Rechtswissenschaft.

Welche waren die Faktoren, die das kasuistische Denken aber seine zugleich in die abstrakte Richtung fortschreitende Entwicklung determinierten:

a) zunächst einmal die anti-archaistische Einstellung der Kodifikatoren. In der Literatur ist zwar diese Frage ziemlich umstritten. *Pringsheims*<sup>1</sup> Meinung nach sei eines der Mottos der Kodifikatoren das Folgende gewesen:

<sup>1</sup> *Pringsheim*: Die archaistische Tendenz Justinians. Ges. Abh. II. S. 9 ff.

„Nobis reparantibus omnem vetustatem iam deperditam, iam deminutam“ (Nov. 17. pr).

Er wünscht die archaische Tendenz mit der lateinischen Sprache der Kodifikation, mit der Beibehaltung der klassischen Berufungen im Material der Kodifikation, mit Berufung (Nov. 18. pr) auf die „veneranda vetustas“ und die „alten Weisen“ wahrscheinlich zu machen. Sehr richtig bemerkt dagegen Riccobono<sup>2</sup>, daß die Bewahrung der Antiquitäten vielmehr der „Dekoration“, den „geschichtlich-didaktischen Zwecken“ diene, als dem Erfolg der archaischen Denktendenzen. Schulz<sup>3</sup> vertritt denselben Standpunkt, als er darauf hinweist, daß Justinians Meinung nach die Hörer in den rechtlichen Hochschulen viel zu viel Nutzloses (inutilia) und alte Märchen (antiquae fabulae) lernen müssen (Const. Omnem 1. — Imperat. 3), womit er nicht einverstanden ist.

Unsere Ansicht in dieser Hinsicht ist, daß die Kodifikatoren wirklich gegen die archaisierende Tendenz waren. Sie benützten dennoch die Berufung auf das Recht der längstvergangenen Zeit, selbst wenn die berufene Regel der Wahrheit nicht entsprach. Die Patina der Antiquität war bei ihnen nicht bloß eine Dekoration, sondern auch ein Argument um die Rechtsregeln ihres eigenen Zeitalters zu unterstützen; vgl.:

„Venditae et traditae (res) non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato, quod cavetur... lege duodecim tabularum“,

sagt der Kaiser in seinen Institutionen (2. 1. 41). Wer könnte glauben, daß die decemviri, wenn die iusta causa der Eigentumsübertragung der Kauf war, den Übergang des Eigentums von der Auszahlung des Kaufpreises abhängig gemacht hätten. Wir stehen hier mit der Belegung der hellenistischen Rechtsregel mit einer auf dem Archaismus beruhenden aber „aus der Luft gegriffenen“ Berufung gegenüber. Außerdem spricht auch die Liquidierung der überflüssig gewordenen rechtlichen Formalitäten gegen die archaische Tendenz. Die mancipatio und zusammen mit ihr alle die per aes et libram Geschäfte verschwinden im 4. Jahrhundert aus der Praxis und Justinian hat überall „traditio“ statt der mancipatio interpoliert. Daß im justinianischen Recht die Urkunde für das Stattfinden der stipulatio eine Vermutung schafft, zeigt gleichfalls darauf. Justinian streicht alle früheren Förmlichkeiten der Akte der emancipatio und adoptio und er erschafft anstatt der früher gekannten testamentarischen Formen das dem Wesen nach auch heute benützte testamentarische Formsystem. Schließlich ist der Mangel an der archaisierenden Tendenz auch dadurch erwiesen, daß die Juristenprofessoren Dorotheus und Theophilus die Prozeßordnung mit legis actio als ein geschichtliches Material und die Formularprozeßordnung als ein in der Zeit von Gaius lebendes Rechtsmaterial aus den justinianischen Institutionen ausgelassen haben und in dem unter Inst. 4. 12. angeführten titulus „De perpetuis et temporalibus actionibus et quae ad heredes, vel in heredes transeunt“ nur die Regeln der lebenden Kognitionsprozeßordnung gewähren;

b) in zweiter Linie gehen die Kodifikatoren vom klassischen Recht aus. Sie lassen sich mit den klassischen Standpunkten in intensive Auseinandersetzungen ein, nehmen Stellung bald für, bald gegen diese, ergänzend sie mit ih-

<sup>2</sup> S. Riccobono: La verità sulle pretese tendenze arcaiche di Giustiniano. Annuario dell' Univ. del Sacro Cuore, Milano. 1933/34, S. 25 ff.

<sup>3</sup> Schulz: Gesch. S. 357.

ren eigenen Argumentationen, nicht einmal unter Hinweis auf die Klassiker als Autoritäten. Sie entwickeln die klassischen Fälle auf klassische oder klassizistische Weise weiter (Wirkung der nachklassischen Rechtshochschulen).<sup>4</sup> Dieser Umstand macht uns allen klar, daß auch Justinians Juristen durch die kasuistische Denkweise gekennzeichnet werden;

c) in dritter Linie die Anwendung der dialektischen Methode. Es wurde durch die in der Zeit der Vorklassiker erscheinende, dann bei den Klassikern weiterlebende und bei den Nachklassikern am zweiten Mal erscheinende hellenistische Wirkung determiniert, daß diese Methode von den justinianischen Kodifikatoren in dem Maße angewendet wurde, in dem sie mit der Kasuistik vereinbar war.

## II.

1. Die abstrahierende Denkweise der justinianischen Kodifikatoren manifestiert sich:

- A) teils in formalen,
- B) teils in inhaltlichen Merkmalen.

### A)

1. Die formellen Merkmale sind die Folgenden:

a) zunächst einmal ist die Tatsache der Kodifikation selber eine solche, sich aus der nachklassischen Stabilisationsrechtswissenschaft ernährende Erscheinung, die dem Wesen nach das gültige Material des rechtswissenschaftlichen Nachlasses eines Jahrtausends zusammenfaßte. In der Rechtserzeugung bedeutet die Kodifizierung — selbst wenn sie ein kasuistisches Material zusammenfaßt — die höchstgradige Abstraktion. Diese Kodifikation war geeignet, den rechtlichen Partikularismus, der in einigen Provinzen trotz der Constitutio Antoniana selbst nach dem im 4. Jahrhundert eingetretenen Nivellierungsvorgang hauptsächlich in familien- und erbrechtlichen Beziehungen weiterlebte, zu reduzieren.

b) Die nachklassische Renaissance der Regularrechtswissenschaft setzt sich bei Justinian fort. Die Interpolationskritik sieht den titulus 17: „De diversis regulis iuris antiqui“ der Digesten voll und ganz als das Produkt der justinianischen Kodifikatoren an und stellt fest, daß zahlreiche regulae die Spuren der Arbeit von Tribonian an sich tragen; so z. B.:

„Nuptias non concubitus, sed consensus facit“ (Ulp. D. 50. 17. 30),

„Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt“ (Gai. D. 50. 17. 56);

„Fraudis interpretatio semper in iure civili non ex eventu dumtaxat sed ex consilio quoque desideratur“ (Pap. D. 50. 17. 79).

„Nihil interest ipso iure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur“ (Paul. D. 50. 17. 112);

„Hi, qui in universum ius succedunt, heredis loco habentur“ (Paul. D. 50. 17. 128. 1);

„Imperitia culpa adnumeratur“ (Gai. D. 50. 17. 132).

<sup>4</sup> K. H. Schindler: Justinians Haltung zur Klassik. Köln—Graz, 1966.

Es ist überdies festzustellen, daß 40% der 138 als ausdrücklich *regulae* qualifizierbaren Regeln der 211 Fragmente dieses titulus Ergebnisse von Interpolationes sind und daraus ung. 10% von Tribonian und Mitarbeitern stammt.

c) Ein Sonderprodukt der Definitionsrechtswissenschaft, tit. 16 des Buches 50 der Digesten: „*De verborum significatione*“, rührt gleichfalls von den Digestenredakteuren her und trägt in 47% die Spuren der nachklassischen oder justinianischen Interpolation an sich. Es ist unter diesen die *quid-est definitio* (z. B. D. 50. 16. 17) ebenso wie die *definitio* durch *partitio* (D. 50. 16. 19 — D. 50. 16. 127) oder *divisio* (D. 50. 16. 152) zu finden. Es läßt sich von den Obigen feststellen, daß die Digestenredakteure aus dem D. 50 tit 16 ein wenig auch ein rechtliches Bedeutungswörterbuch zusammengestellt, die *regulae* und *definitiones* aber voneinander getrennt haben.

d) Die Digesten bestanden aus 50 Büchern und innerhalb dieser aus 7 Teilen. Der erste Teil (*prota*) gewährt dem Wesen nach einen allgemeinen Teil, der auf die Spätere Systembildung und so auch auf den allgemeinen Teil der Pandektistik eine Wirkung ausüben konnte. Das System des Werks ung. das Folgende: 1) Recht und Rechtsquellen, sowie das Verwaltungsrecht. 2) In den Folgenden gibt das Werk — im allgemeinen dem Ediktsystem folgend — das Privatrecht zusammen mit den verbundenen Teilen des Verfahrensrechts. 3) Buch 48 umfaßt das Straf und Strafverfahrensrecht, während am Ende des Werkes zuerst 4) die Definitionen und dann 5) die Regeln (*regulae*) stattfinden. — Der *Codex repetitae praelectionis* folgt wesentlich auch dem Ediktsystem, obwohl weniger, als die Digesten. Sein System ist das Folgende: 1) Kirchenrecht, Rechtsquellen und Verwaltungsrecht; 2) Privatrecht verbunden mit den bezüglichen Teilen des Verfahrensrechts, dann 3) Finanzrecht. Das Werk enthält chronologisch systematisierte *constitutiones*, also Kasuistik (*case law*). Die Institutionen bestehen — im großen und ganzen dem System von Gaius folgend — aus drei Teilen: 1) *personae*, 2) *res* (Sachen, Erbfolge, Obligationen) und 3) *actiones* (Inst. 1. 2. 12. Vgl.: Gaius 1. 2. 8).

## B)

1. Die Bestrebung der Kodifikatoren nach der Abstraktion manifestiert sich inhaltlich in den Folgenden:

a) zunächst einmal in Verallgemeinerungen. Was das Eigentum und seine Anteilberechtigungen anbelangt, wurde das Recht des *procurator* auf die Besitzerwerbung für den Vertreter von Justinian für andere Personen verallgemeinert (C. 4. 27. 1. pr). Die *iuris quasi possessio* wird nicht nur auf dem Gebiet der sog. beschränkten dinglichen Rechte angewendet, sondern auf allerlei Rechte (das Recht kann besitzt werden, die Übergabe des Besitzes des Rechts ist *quasi traditio*, usw.) (D. 8. 4. 2.—4. 6. 23. 2 — 43. 26. 2. 3. — 5. 3. 13. 15). Es ist Justinian, der mit der Vereinheitlichung des *ususfructus*, *usus*, usw. unter dem Namen persönlicher Dienstbarkeiten die breitere Kategorie der *Servitute* mit zwei Subkategorien: den persönlichen und Grunddienstbarkeiten erschafft. Die mit der nicht-originellen römischen Terminologie „*innominate Realkontrakte*“ genannten Verträge haben ihr Dasein der justinianischen Ver-



allgemeinerung zu verdanken, als die Kodifikation feststellt, daß alle Verträge hier gehören, deren Gegenstand „do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias“ ist. Mit dieser Verallgemeinerung hat übrigens Justinian einen gewaltigen Tritt auf die modern-rechtliche allgemeine Klagbarkeit der Verträge zu gemacht. Das vorjustinianische Recht hatte die Schenkung unter dem Titel des Undankbarkeit nur dann anfechtbar, wenn der Schenker der Vater oder die Mutter ist (C. Th. 8. 13. 1—2). Die Kodifikation generalisiert die Regel (C. 8. 55. 10). Die auf die ungerechtfertigte Bereicherung gerichteten *condictiones* waren im klassischen Recht nur zur Rückforderung des so geleisteten Geldbetrags oder einer anderen Leistung geeignet. Justinian dehnt die Geltung der *condictiones* auf allerlei ungerechtfertigte Bereicherungen aus, so gibt er *condictio incerti* auch für die Rückforderung der Bereicherung im Falle einer Arbeitsleistung (D. 13. 3. 2. — 43. 26. 19. 2. — 19. 5. 25). Die *lex Aquilia* bezog sich ursprünglich nur auf die mit der Tötung oder Verwundung der Sklaven und Vieher verbundenen Sachbeschädigungen, später aber auf allerlei Zerstörungen jeder Sache. Die Verallgemeinerung wurde von Justinian beendet, damit daß er die obigen Regeln auch auf die Ersetzung der an freien Menschen mit Körperverletzungen herbeigeführten Schäden (z. B. Kosten der Heilbehandlung) ausgedehnt hat (D. 9. 2. 13. pr). Die Mitgiftträgererstattungsverpflichtung wurde von Justinian verallgemeinert (C. 5. 13. 1). Die Kodifikation machte alles Vermögen des Hauskindes, das es nicht *ex re patris* erworben hatte, zum Eigentum des *filiusfamilias*, mit dem Nießbrauch des Vaters belastet (Inst. 2. 12. pr). Während im früheren Recht nur der Mann adoptieren konnte, wurde diese Möglichkeit von Justinian auch auf die Frauen ausgedehnt. Es war auch seine Verfügung, wonach in der Zukunft nicht mehr nur die männlichen Deszendenten, sondern auch die weiblichen Abkömmlinge dem Namen nach enterbt werden konnten (C. 6. 28. 4. 6).

b) Die vereinheitlichende Tätigkeit der Kodifikation trat in erster Linie mit der Auflösung der Gegensatz der Schulen des Prinzipats, mit der Erschaffung der einheitlichen Lösung auf. Die Pubertätszeit begann der Meinung der Proculianer nach mit dem Lebensjahr 12., bzw. 14. (bei Knaben), während die Sabinianer bei den Letzteren der Meinung waren, daß die körperliche Reife zu prüfen sei. Justinian nahm den Standpunkt der Proculianer an (C. 5. 60. 3). Den gegensätzlichen Standpunkt der zwei Schulen hinsichtlich des durch die Verarbeitung ausgeführten Eigentumserwerbs löst gleichfalls Justinian mit einer Mittelwegslösung. (Inst. 2. 1. 25). Ein anderes Mal hat Justinian die gegensätzliche Meinung der Rechtsgelehrten mit Vereinheitlichung gelöst. So haben Labeo und Cassius den Kauf als gültig, Proculus und Ofilius als ungültig angesehen, wenn die Determinierung des Kaufpreises einer dritten Person überlassen wurde (Gai. 3. 140). Der Kauf ist Justinians Meinung nach in solchen Fällen immer rechtsgültig; wenn aber die dritte Person keinen Schätzwert festzustellen vermag oder das nicht will, verliert er seine Gültigkeit (C. 4. 38. 15). Das von Kaiser Zeno mit dem *contractus emphyteuticarius* privaterichtlich gemachte Rechtsinstitut hat Justinian mit dem ähnlichen Institut des *ager vectigalis* vereinigt (Inst. 3. 24. 3). Aus der *vindicatio servitutis* und *vindicatio usufructus* erschafft Justinian die *actio confessoria* (Ulp. D. 8. 5. 2. pr. Itp.). Er konstruiert in eine Einheit die *actio ex stipulatu* mit der *actio rei uxoriae* unter der vorigen Benennung. Diese Klage kann angewendet werden, selbst wenn der Gatte die Rückgabe der Mitgift nicht stipuliert hatte (C. 5. 13. 1). In den Novellae 18 und 115 schmelzt er die Institute der formellen

und materiellen Erbübergehung, daß der Deszendent und Aszendent nicht nur als erbberechtigt auf die Erbschaft eingesetzt werden sollen sondern für sie auch der Pflichtteil zu sichern ist. Er vereinheitlicht endgültig das *legatum* und *fideicommissum*: „*per omne exaequata sunt legata fideicommissis*“ (D. 30. 1). Ebenso ist er, der die *solidares* und *correales obligationes* in dem Sinne vereinigt, daß er dem *litis contestatio* in keinem Fall eine prozeßaufzehrende Wirkung zuschreibt (im klassischen Recht hatte die *litis contestatio* im Fall der Korrealität eine solche Wirkung). Seine bedeutendste Tätigkeit in Hinsicht der Vereinheitlichung zeigte sich aber vielleicht der allgemeinen Schuldhftung (mit der Ausnahme der Gastwirthshaftung).<sup>5</sup>

### III.

1. Die gewaltige Arbeit der Verrichter der justinianischen Kodifikation kann in den Folgenden zusammengefaßt werden:

a) diese Kodifikation ist nicht das Ergebnis einer von heute auf morgen ausgeführten Arbeit gewesen, sondern eines sehr langen Vorganges, der der Kodifikation voranging;

b) die justinianischen Kodifikatoren waren nicht die einfachen Zusammensteller (Kompilatoren) des Rechts von vielen Jahrhunderten, sondern schaffende-denkende Köpfe, die unter den Namen alter Verfasser zahllose neue Institute erschaffen haben (das Prinzip „*conceptus iam pro nato habetur*“; *cura minorum*; *beneficium divisionis*; *ius tollendi*; *beneficium ordinis vel excussionis*; *adoptio minus plena*; *beneficium inventarii*; die rein kognate Erbfolgeordnung; die Witwenerbfolge der *vidua inops*; das Intestaterbrecht der aus einem *concubinatus* stammenden Kinder im Vermögen ihrer Väter; die zwei Formen des öffentlichen Testaments, usw.);

c) die Kodifikatoren standen in Hinsicht ihrer Bildung nicht unter den Klassikern. Ihre philosophische Schulung und Denkart war höheren Niveaus als die der Klassiker, da die zweite Einwirkung der hellenistischen Philosophie auf das römische Recht auf diese Zeit fällt. Die Intensität dieser Wirkung kann daran, daß ihre Abstrahierungsbereitschaft die der Klassiker überstieg, wohl abgemessen werden. Durch die obenerwiesene erfolgreiche Verallgemeinerung, Vereinheitlichung des klassischen Rechts und die weitere Verfeinerung der Lösungen wird in vielen Fällen die berufliche Prominenz der Kodifikatoren bewiesen. Ihre theoretische Ausbildung übertraf die der Klassiker unbedingt. Unter den Kodifikatoren waren nämlich die zwei Professoren der berühmten Schule in Berytos, Anastasius und Dorotheus, sowie zwei Professoren der Hochschule in Konstantinopel, Theophilus und Kratinos, die nicht bloß praktische Juristen waren;

d) schließlich war dies die erste Juristengruppe während der sieben Jahrhunderte der römischen warenzeugenden Sklaverei, die — wenn auch mit mehr oder weniger Fehlern — fähig war, das in ungefähr einem Jahrtausend ausgebildete ganze Material des römischen Rechts zu überschauen und das den Anforderungen der Zeit entsprechend zu adaptieren, ergänzen, systematisieren.

2. Daß das Werk kein Anakronismus in seinem eigenen Zeitalter war,

<sup>5</sup> G. Marton: Versuch. S. 6—9.

wie ein in der Literatur aufgetauchter Standpunkt behauptete,<sup>6</sup> wird durch die Folgenden bewiesen:

a) in den Städten, hauptsächlich in den Großstädten (Alexandria, Tyros, Damaskos, Antiochia, Ephesos, Smyrna und natürlich Byzanz) waren der Warenaustausch und die Geldwirtschaft auch weiterhin noch durch mehrere Jahrhunderte in voller Blüte und der blühende Warenaustausch benötigte eben dieses Warenaustauschrecht;

b) die städtischen Juristen kennen und benützen die lateinische Sprache, selbst wenn die Sprache des Reiches griechisch ist;

c) die justinianischen Gesetzbücher werden — und es erweist eben ihre praktische Anwendbarkeit — trotz dem Verbot von Justinian mit Kommentaren versehen. Ja machen sie auch Indizes zu diesen und Auszüge aus diesen, selbst nach mehreren Jahrhunderten.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Sztehlo Z.: Magánjog és papyrologia (Privatrecht und Papyrologie). Miskolc, 1925, S. 3—4.

<sup>7</sup> Brósz R.—Pólay E.: Római jog (Römisches Recht). Budapest,<sup>2</sup> 1976, S. 83.



## EPILOG

Die privatrechtliche Denkweise der römischen Juristen war vom Anfang an bis zum Ende, also vom Zwölftafelgesetz bis zur justinianischen Kodifikation kasuistisch (dies gilt übrigens auch von ihrer öffentlich-rechtlichen und strafrechtlichen Denkweise, wie Codex 1. 1—13. und D. 48. es zeigen). Was sie erschaffen haben, ist grundlegend eine Kasuistik, die dem angelsächsischen case law eine gewisse Ähnlichkeit zeigt. Im Anfang bedeutet diese Denkart keine Wissenschaft, höchstens eine „Jurisprudence“, dem angelsächsischen Wortgebrauch gemäß.<sup>1</sup> Diese kasuistische Denkweise bekommt aber einen wissenschaftlichen Charakter nach der ersten Einwirkung der hellenistischen Philosophie auf Rom. Die Vorklassiker beginnen mehr und mehr in regulae, definitiones zu denken, versuchen in ihre Arbeit mit der Übernahme der Methode der Dialektik ein System einzuführen und lockern die steifen Grenzen des ius civile und ius honorarium auf, mit der Rezipierung gewisser mutatis mutandis angewendeten Kategorien der griechischen Philosophie. Der aufstrebende gewaltige Warenaustauschverkehr erfordert das den damaligen Verhältnissen entsprechende schnelle juristische Denken, dessen Produkt die Ausgestaltung der Grundlagen des Warenaustauschrechts in Klageformeln, Vertragsformeln, zu den Juristen gerichteten Fragen erteilten responsa sind. Das in den aus dem Zeitalter des Zwölftafelgesetzes herrührenden Formularen fortgesetzte (Geschäfts- und Klage-) Denken wurde dann vielfältig. Die wirtschaftliche Grundlage des Prinzipats zeigt das Bild gewisser Stagnierung und später des Untergangs. Die Juristen des Prinzipats haben jetzt schon Zeit, die Produkte des vorklassischen rechtlichen Denkens eingehend, kasuistisch zu bearbeiten und mit Rücksicht auf die obige Entwicklung der gesellschaftlich-wirtschaftlichen Verhältnisse, die Institute des Grund- und Sklaveneigentums kasuistisch am eingehendsten auszuarbeiten. Obwohl die hellenistische Philosophie dann nicht mehr so unmittelbar wie früher wirkt, wenden sie die dialektische Methode auf deren Spuren an, ja sogar bestreben sie sich, die dann angewendete philosophischen Kategorien auseinanderzusetzen, womit sie die neue Rechtsgliederung: die Doppelheit des ius publicum und ius privatum befestigen. Die Monarchie wird durch die mit der stufenweisen Auflösung des Wirtschaftssystems des Reiches mitwirkenden Erscheinungen dazu gezwungen, darin mit der Bürokratisierung des Staatsapparates auch die Juristen einzuziehen. Dieser Vorgang begann schon in der Zeit des Augustus mit der Ausgestaltung des ius respondendi. Die Bestrebung der Kaiser war, ein Gesetzesrecht zu erzeugen, ähnlich dem späteren angelsächsischen statute law.<sup>2</sup> Auch dieses Recht wird je-

<sup>1</sup> Wieacker: Der römische Jurist. Vom röm. Recht, S. 141.

denfalls zu einem case law, da es größtenteils aus auf einzelne Fragen gegebenen, die responsa ersetzenden Reskripten besteht, in denen der Kaiser die Antwort in Verordnungsform erteilt, womit die Gestalt des erzeugenden Juristen verschwindet. Der Rechtsunterricht geschieht, der zweiten hellenistischen Einwirkung zufolge, in den drei Hochschulen des Reiches auf einem hohen Niveau und im kaiserlichen Apparat — der zwar in seiner Form christlich wurde, aber die christliche Ideologie kaum als sein Eigentum betrachtete — konnten nur Juristen mit einer in solchen Schulen erhaltenen Ausbildung fungieren. Daß das juristische Denken des nachklassischen Zeitalters niedrigeren Niveaus ist als das der Klassiker, beruht darauf, daß die Juristen dieser Periode die klassischen Werke oft verkürzten, von denen Auszüge machten. Dieser Weg deutet aber nicht auf Simplifizierung, sondern auf Stabilisierung und Vereinheitlichung, letzten Endes auf die Kodifikation, die dazu berufen war, daß die Rechtsunsicherheit des klassischen Zeitalters aufhört. Die Verstärkung der abstrakten Denkweise im rechtlichen Denken bedeutet dem Wesen nach einen ungebrochenen Vorgang, der seine Grundlage mit dem Unterricht der humanitas, pietas, usw. der Stoa aus der hellenistischen Philosophie nimmt und die Umgestaltung der Doppelheit des ius publicum und privatum in rechtliche Denkkategorien damit unterstützt, daß sie die Priorität der utilitas publica der untergeordneten Bedeutung der utilitas privata gegenüber betont. Die Ursache davon ist, daß der Staat einen ideologischen Grund finden sollte, um sich in die Sphäre des Privatinteresses so tief wie möglich einmischen zu können, was die Krise des sklavenhaltenden Systems von ihm erforderte. Die aequitas als die Ursache gewisser Rechtsinstitute wurde auch aus einer philosophischen Kategorie in einer rechtliche Kategorie umgestaltet und dem steiferen Recht (ius vetus) entgegengesetzt. Dies ist eine solche Erscheinung als etwa die Konfrontierung des common law mit der equity<sup>3</sup> (obwohl der Ursprung der zwei Arten des angelsächsischen Rechts dem Wesen nach verschieden ist). Dem ganzen Vorgang setzt die justinianische Kodifikation die Krone auf. Sie faßt zwar ähnlicherweise case law zusammen, indem sie dieses adaptiert, umgestaltet, erschafft, aber sie wendet das Abstraktionsdenken der Juristen auf dem mit dem Denken der römischen Juristen verglichen bis dann höchsten Niveau und zwar sowohl formell (Regulärrechtswissenschaft, Definitionserchtswissenschaft, Differenzierung, Distinktionen, Systemerschaffung) als auch inhaltlich (Verallgemeinerung und Vereinheitlichung einiger Rechtsinstitute). Auf das Niveau aber, wo die Abstraktion schon zur Ausgestaltung von Theorien (z. B. die Theorie der juristischen Person oder die Besitztheorie) führt, konnte diese Rechtswissenschaft ihrem kasuistischen Charakter zufolge nicht aufsteigen, obwohl dies ihren Wert nicht berührt.

<sup>2</sup> Schulz: *Gesch.* S. 363.

<sup>3</sup> *Pringsheim*: *Jus aequum und jus strictum*. *Ges. Abh.* I, S. 132.

## I N H A L T

Einleitung .....	3:
I. Das juristische Denken im Zeitalter des alten Rechts .....	7
II. Die privatrechtliche Denkweise der Juristen im vorklassischen Zeitalter	21
III. Die privatrechtliche Denkungsart der Juristen im klassischen Zeitalter	81
IV. Die privatrechtliche Denkweise der Juristen im nachklassischen Zeitalter	113:
V. Denkweise der justinianischen Kodifikatoren .....	133:
Epilog .....	141.